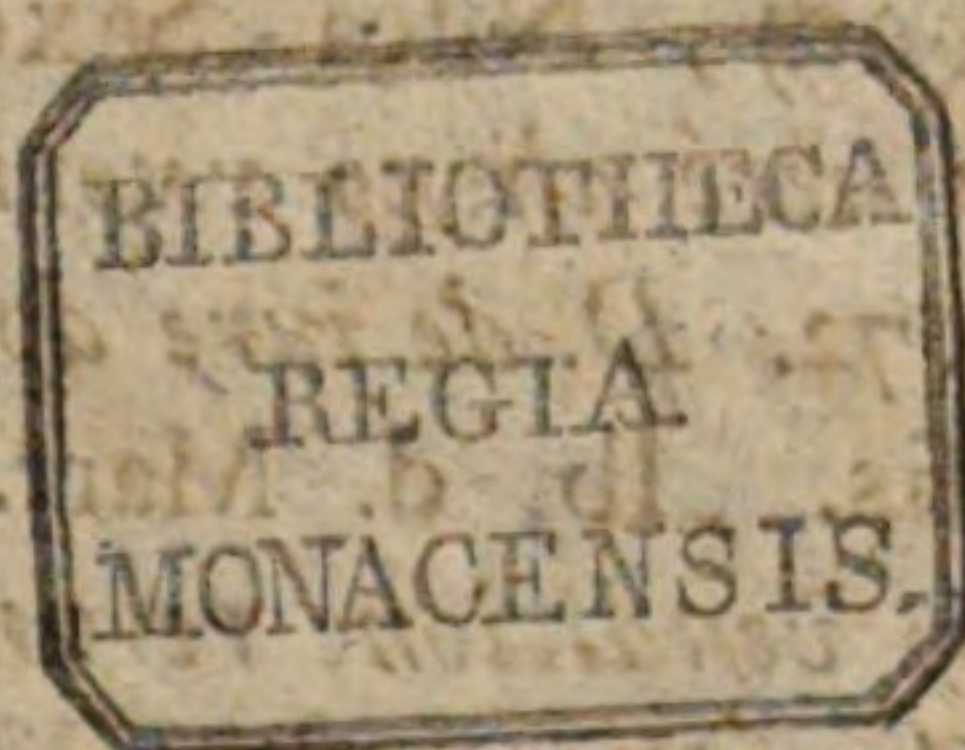


Washburn & Co
1863

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM

FASCICVLVS VII.



HALAE AD SALAM

TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1777.

Index diff. huius fasc.

- LII. *Legatum liberationis solutione spontea non extinguui, ad L. XI. §. 13. D. de legat. 3. disputab. Ioannes Gotthelf DEMISCH, Pretscha-Saxo. Vitemb. d. Aug. 1742. pag. 1083*
- LIII. *Observationes de poena silentii & conscientia delicti alieni; ad §. 5. nouiss. edicti long. clementissimi von gesetzmässiger Bestrafung des vorsehlichen Feueranlegens, Dresdae, d. 16. Nou. a. 1741. propositi defendit Fridericus KODERISCHIVS, Laucha-Thuring. Ib. d. 29. Aug. 1742. 1103*
- LIV. *De legato tacito & implicito, in quo legatarius non nominatus est, ad L. 3. §. 3-5. D. de liberat. legat. disputab. Valentinus Augustus Marbach, Nisca-Saxo. Ib. d. Sept. eod. 1114*
- LV. *De aere alieno uxoris viuae ex dote omnium bonorum exsoluendo, ad L. 72. D. de iure dotium. disp. Io. Traugott ALBRECHT, Gorlicienfis. Ib. d. Mart. 1743. 1134*
- LVI. *De venditione rerum cum fundo adhuc cobaerentium, ad L. 40. D. de act. emt. vendit. disp. Io. Paullus SCHROETER, Dresd. Ib. d. Apr. eod. 1153*
- LVII. *De duobus fratribus in eadem lite partium aduersarum patrocini-um suscipientibus; disp. Frider. August. KIESLING, Zittaiensis. Ib. d. Mai. eod. 1176*
- LVIII. *Vtrum feudo legato eius aestimatio debeatur disp. Io. David ZELLNER, Reibersdorffus. Ib. d. Iun. eod. 1184*
- LIX. *Portionem stututariam marito ab uxore bona mente adimi posse, ad constit. elect. Sax. VII. P. III. disp. Carolus Gottlieb HENNINGIVS, Freybergensis. Ib. d. Iun. eod. 1198*
- LX. *Vtrum diuisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit, ad L. 3. C. commun. utriusque iudicii, disp. Carolus Mauritius Leopoldus VERDION, Martisburgensis. Ib. d. Sept. eod. 1214*
- LXI. *Progr. inaug. de donatione rerum mortuarum, summos vtr. iur. hon. Ernest Martin. CHLADENIO conferend. ind. Ib. d. 24. Nou. eod. 1230*
- LXII. *De diuisione nominum in iudicio familiae erciscundae interdum necessaria, ad L. 3. D. fam. ercisc. defendet Gottlob Friedrich COITH, Schneeberg. Misu. Ib. d. Dec. eod. 1234*

Geological Notes on the ...

Section 1. ...

Section 2. ...

Section 3. ...

Section 4. ...

Juristische Schriften im Hendelschen Verlage.

Heisler, D. Phil. Iac. exercitationum academicarum ad diuersas materias iuris pertinentium fasciculus, de annis 1750-1755. X. mater. continens, cum indice. 4to. 10 gr.

Madihn, D. Georg. Sam. exercitationum academicarum Halensium ad praestantiora maxime iuris ciuilibus capita pertinentium, fasciculus; XIII. mater. continens, cum indice. 4to. 18 gr.

Reuter, D. Io. Hartw. exercitationes academicae praestantiora maxime iuris ciuilibus capita illustrantes. IX. mater. continens, cum indice. 4to. 9 gr.

Siccama, Sibr. Tetard. de iudicio centumuirali Libri II. iterum recensuit animaduersionibus & opusculis, argumentum illustrantibus auxit D. Car. Frid. Zepernick. med. 8vo. 1776. 21 gr.

LII.
**LEGATVM LIBERATIONIS
SOLVTIONE SPONTANEA
NON EXTINGVI.**

AD LEGEM XI. §. XIII. D. DE LEGAT. III.

VITEMBERGAE, D. . AVG. A. Q. S. P. EST. CIO ID CC XXXXII.

§. I.

Quo quisque est vir melior, tanto magis, quod M. TVLLIVS affir- ^{Favor li-}
mat a), *debitio* officii torquetur: &, si L. ANNAEVM SENECAM b) au- ^{berationis.}
dias, *graue tormentum* est, *debere*, cui nolis obligatus esse: vt duriora qui ^{Quid inter}
busdam haec vincula, quam quibus corpus constringitur, videri possint. Qua- ^{remissionem,}
propter merito fauimus magnificae illorum virtuti, qui hoc tormentum, non & ^{trans-}
*debitio*is duntaxat, sed *rogationis* etiam c), debitoribus *remittunt*, & libe- ^{actionem di-}
ralissimo genere beneficii, *αυτεπαγγέλτοι*, secundum ISOCRATEM d), id ^{scriminis in-}
est, *sponte*, & non rogati, illos *liberant*, quos necessitate aeris alieni deuinctos ^{terfit. Etiam}
& obnoxios tenebant. Enimuero, qui ita de aliis merentur, non solum copiis ^{inuiti &}
amicorum & fortunis, sed etiam *verecundiae*, consulunt, qua omnes boni, ^{ignorantes}
dum aliis se molestos esse, & officio satisfacere non posse, sentiunt, aegerrime ^{liberamur.}
afficiuntur. ^{Non facile}
^{extinguitur}
^{legatum li-}

Quod cum intelligerent *veteres*, qui, interpretatione iuris ciuilis, mate- ^{berationis.}
riam virtutis & studium honestatis mirifice auxerunt, receptum est, debitores ^{Species singu-}
etiam *inuitos* & *ignorantes*, *remissione*, & facilitate creditoris, *liberari posse*. ^{laris propo-}
Hoc enim POMPONIVS & GAIVS praeceperunt l. 23. & 53. D. de solut. ^{nitur.}
Nimirum, quamuis, secundum eundem POMPONIVM l. 57. D. de oblig. &
act. contrahi negotia, nisi a *scientibus volentibusque*, non posse videantur, ta-
men, vt virtuti creditoris locus conspectior daretur, placuit, obligationem
etiam ignorantibus & obliuctantibus efficaciter remitti. Enimuero, cum rem
suam dominus derelinquere, & *ius* suum deserere, non prohibeatur, ideoque
nihil obtrudi possit *inuito* creditori; disputatione vix indiget, *remissione iuris*,
quod creditori competebat, *obligationem*, quae respondet iuri creditoris, quasi

a) CIC. ad Attic. XIV. ep. 13.

b) SENEC. de benef. II. c. 18.

c) SEN.

L. II. de benef. c. 2.

d) ISOCRATES ad demoniac. c. 7.

solutione imaginaria, extingui. Opportune igitur *ULPIANVS* l. 30. D. de *solut.* monuit, praetorem *denegare actiones* creditori, qui accipere *noluerit* pecuniam debitam, quam debitor, paratus ad solvendum, *obtulisset*: cum hic etiam inuitus, *remissione* & repudiatione, *liberatus* videatur.

Quae cum ita sint, intelligitur, cur inter *transactionem*, & *donationem*, & *remissionem* debiti, discrimen aliquod admiserit *PAPINIANVS* l. 12. §. 13. D. de *administr. & pericul. tutor.* Neque enim quilibet, qui *debitum remittit*, vel *donasse* censetur, vel cum debitore *transigisse*. Et in *donationibus* enim, & in *transactionibus*, inest plerumque aliquid, quod dignitatem beneficii corrumpit. *Transigimus* cum debitore, cum ipsi partem obligationis aut culpa *remittimus*, in causa dubia, ob periculum litis imminuentis: ut debitor, *quasi iure quodam suo*, quamvis *dubio*, remissionem impetrasse videatur. *Donamus*, cum de nostro aliquid tribuimus alteri, vel *roganti* vel certe *consentienti*, & *gratias agenti* d. l. 12. §. 13. D. de *administr. & peric. tut.* l. 55. D. de *oblig. & act.* *Debitum remittimus*, si de *iure nostro* liberaliter decedimus, & debitori, etiam non petenti, non solum debiti, sed subinde etiam rogationis, gratiam facimus, ipsumque vel inuitum & *ignorantem* liberamus. l. 53. D. de *solut.* Ex quo loco apparet, improprie a *SCAEVOLA* l. 28. §. 2. D. de *liberat. leg. donationem* appellari hoc legatum, quo testator sortis & usurarum gratiam facit debitori, & utrumque ipsi liberaliter *remittit*. Non enim *donasse*, sed debitum *remisisse*, videbitur testator.

Igitur ausim affirmare, *remissionem debiti* plerumque *plenior* esse beneficii speciem, in qua, ut supra comprobatum est, non *debitio* duntaxat, sed *rogationis* etiam, tormentum debitori, quasi dissimulato & abiecto iure nostro, remittimus, soloque ipsum beneficii sensu eiusque recordatione obstrictum retinemus. Iam enim debitor nobis non pecuniam, sed *gratiam*, debet.

Sed, quamvis *dissimilis* sit *debitio pecuniae* & *gratiae*, quod *CICERO* in oratione pro Cn. *PLANCIO* observat ^{e)}, tamen haec ipsa *gratiae debitio* quibusdam ita molesta est, ut malint pecuniam soluere, quam gratiam debere. Interdum enim, quod Caesari accidisse *VELLEIUS PATERCVLVVS* ^{f)} notavit, misericordiae munus dantis *perlinacia* corrumpitur, cum inuitos blande afficimus, & libentius *damus* beneficia, quam debitores nostri a nobis accipiant: adeoque illos operamus nostris officiis, quibus consulere & quos ornare volebamus.

Quapropter inuentum est aliud genus beneficii, in quo careat debitor *molestia* vel referendae vel habendae *gratiae*, & liberalitate nostra, absque villo suo incommodo, fruatur.

Ni-

^{e)} *CIC.* pro Cn. *Plancio*, c. 28.

^{f)} *VELLEI.* *Paterc.* L. II. c. 52. n. 4.

Nimirum, post longam dubitationem interpretum, si *VLPIANO* fides est, l. 3. pr. D. de *liberat. legat.* tandem obtinuit, ut non solum a viuo creditore debitum remitti posset, sed etiam *suprema voluntate* debitori *liberatio* a testatore efficaciter relinqueretur. Qua re effectum est, ut ne pudor quidem debitoris onerari, neque gratia ab ipso cuiquam deberi videretur, cum *ne posset* quidem reddere gratiam creditori iam defuncto, & heres creditoris ipsum liberare etiam *inuitus* ex testamento teneretur.

Habes igitur perfectissimum genus beneficii, ab omni creditoris inuidia & accipientis molestia liberum, cum debitori *suprema voluntate liberatio legatur*. Quod ne interpretatione iudicum peruertatur, ita accipiendum est, ut, nisi manifesta sit voluntas testatoris, *legatum liberationis non facile extinguui* censeamus, & fructum remissionis, quantum fieri potest, ad debitorem peruenire patiamur. Cum enim generaliter, quod *PAVLLVS* monet, l. 47. D. de *obligat. & act.* ad *liberationem* proniores, quam ad condemnationem, esse debeamus; si *liberatio* debitori legata est, dubitare non possumus, voluisse testatorem, ut nisi ipse voluntatem mutauerit, *fructu* quodam sui *beneficii* debitor ornetur. Igitur nec facile credemus testatorem a voluntate benefaciendi discessisse.

Res habet aliquam difficultatem, cum viuo testatori, postea exsolutum est debitum, quod ipse debitori *remiserat*, in tabulis supremæ voluntatis. Plerique omnes clamitant, *solutione extinguui legatum liberationis*. *TERENTIO CLEMENTI* enim obsequuntur, qui, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* si id, quod mihi *debes*, inquit, tibi legauero, tuque illud mihi solueris, *extinguuitur legatum*.

Sed pignore certarem, neque *TERENTIO CLEMENTI* neque reliquis magistris nostræ artis, placuisse, *qualibet solutione*, nisi luculenta sit voluntas testatoris, qualibet solutione, inquam, perimi *legatum liberationis*. Imo vero certius videtur, nisi mutatio voluntatis appareat, etiam *repeti & condici* posse, quod exsolutum sit a debitore, cui antequam solueret, liberationem legauerit testator. Ita certe *VLPIANO* visum est, qui, lege XI. §. 13. D. de *leg. 3.* „si quis, inquit, nomen debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici, *deberi*. Cum enim quidam nomen debitoris exegisset, & pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideicommissi petitionem superesse: praesertim, quia non ipse exegerat, sed *debitor ultro pecuniam obtulerat*: quo offerente, non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi rem comparauerit hac parte pecuniae, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium priuaret fideicommisso, posse fideicommissi petitionem superesse.”

Habes verba *VLPiani*. Sed de sensu & intellectu postea constabit. Ante aliquot annos quidem, a *Iuris Vitembergensibus* tractabatur eiusmodi species, in qua poterat dubitari, *utrum voluntaria solutione extinctum sit legatum liberationis*. *Iavolenus Terentio* impuberi pecuniam legauerat, quam pater eius *Iavoleno* ex cambio debuerat, sub usuris. Tutores *Terentii*, ut pupillum difficultate aeris alieni & onere usurarum liberarent, obtulerant pecuniam creditori *Iavoleno*. Hic quidem primo cunctatus accipere, ne festinarent, cum ipse non exigeret pecuniam, monuerat tutores. Frustra. Crediderant enim ad officium suum pertinere, ut darent operam, ne pupillus sub usuris pecuniam deberet. Igitur soluerant inuito fere *Iavoleno*, qui illam in rationes suas inter accepta retulerat, & in rem familiarem conuerterat nummos a tutoribus *Terentii* solutos. Mortuo *Iavoleno*, & tabulis apertis, poenitebat tutores festinationis suae & intempestivae sedulitatis, qua *Terentium* pupillum onere usurarum liberare cogitauerant. Igitur proponebatur: *utrum repeti possint nummi exsoluti, quasinon extinctum sit legatum?* Respondimus *mensse Septembri*, anno *MDCCCXXIII* *superesse repetitionem, & deberi Terentio legatum*. Exhibebo ipsam formularem responsi:

Hat H. J. von S. in seinem letzten Willen, Hannß Siegmunden von W. 1200. Thlr. an demjenigen Capital, so er auf einen von dessen Vater ausgestellten Wechsel bey ihm zu fordern gehabt, dergestalt legiret, daß ihm solcher Wechsel zurückgegeben, und das rückständige Capital nicht gefordert werden solle, und es will Zweifel entstehen, ob mehrermeldeter H. S. von W. nunmehr, nachdem die ihm erlassene Wechsel-Schuld bey Lebzeiten des Testatoris bereits abgetragen worden, die ihm legirten 1200. Thlr. beständiger Weise verlangen könne? nach mehrerem Inhalt des uns zugeschiedten Berichts und derer Beylagen.

Ob nun wohl in angeregtem Vermächtniß das Absehen auf die verscribten und damahls noch rückständigen 1200. Thlr. welche der Legatarius abzuführen verbunden gewesen, hauptsächlich gerichtet worden, mithin dasselbe vor ein legatum liberationis anzusehen, welches, wenn der Testator solche Schuld-Forderung bey Lebzeiten selbst erhoben, ordentlicher Weise hinweg fällt, und ohne Wirkung ist,

§. 21. I. de legat.
§. 1. 7. §. 4. D. de liberat. leg.

Demnach, da der von S. oberwehnte Capital von denen Vormündern wirklich angenommen, auch in seine Rechnung gebracht, und nicht absonderlich aufbehalten, oder zurück gelegt, daß angeregtes Vermächtniß nunmehr erloschen, es das Ansehen gewinnt.

D. a. d. die Bezahlung nurberührter Schuld. Post dem Erblasser von des von W. Vormündern freywillig angeboten worden, bey welcher Bewandniß dergleichen legatum, auch nach beschehener Zahlung, wohl gefordert werden kan,

Cum, si testator non exegerit, sed debitor ultro obtulerit pecuniam, quam non potuerit non accipere, fideicommissi petitio supersit,

l. 11. §. 13. D. de leg. 3.

dahingegen dasjenige, so ex §. 21. l. de leg. und l. 7. §. 4. de lib. leg. angezogen worden, nur von dem Falle, wenn der Testator die außenstehenden Posten dem Schuldner abgefordert, und von ihm eingemahnet, oder die Veränderung seiner Willens. Meynung sonst zu erkennen gegeben, verstanden werden kan, folglich solches auf obgedachtes Vermächtniß um so viel weniger zu erstrecken, als der animus adimendi legatum so schlechterdings in denen Rechten nicht vermuthet wird,

l. 3. §. 7. D. de adimend. vel transfer. leg.

dahero, daß der Testator das ihm bezahlte Capital lediglich aus dieser Ursache, weil ein Gläubiger die ihm angebotene Zahlung anzunehmen sich nicht entbrechen mag, mithin ex necessitate iuris, und keines Weges in der Meynung, dem von W. das ihm beschiedene legatum zu entziehen, in Empfang genommen, wohl zu glauben stehet,

So erscheinet daraus so viel, daß der von W. daferne seine gewesene Vormünder ihr Vorgeben, daß sie dem Testatori das Wechsel. Capital freywillig angeboten, vermittelst Endes bestärcken, die legirten 1200. Thlr. der beschehenen Zahlung ungeachtet, aus des von S. Verlassenschaft zu fordern wohl befugt, W. R. W.

Dabimus hoc dignitati nobilissimi & luculentissimi huius beneficii, vt de illo argumento diligentius tractemus, & rem ab initio, ex certissimis artis nostrae praeceptis, reperamus.

§. II.

Sed, primo quidem, meretur obseruari, olim non satis conuenisse inter interpretes, vtrum *liberatio* debitori in suprema voluntate vtiliter relinqueretur. *VLPIANVS* enim, l. 3. pr. D. de *liberat. leg.* iam demum, ait, certum esse, id est, post variationes quasdam, & longam veterum dubitationem, receptum esse, vt possit debitori *liberatio* legari. Si quaeris causam dubitandi, illam *VLPIANVS* alio loco, l. 1. pr. D. de *lib. leg.* interpretatus est. Mouebat enim veteres, quod debitores adhuc essent *domini* illarum rerum, quas debent creditori. Sed constabat, rem suam nemini vtiliter legari. d. l. 1. D. de *lib. leg.* Praeterea iuris ciuilis regula, quam *VLPIANVS* l. 35. D. de *reg. iur.* tradidit, ob stare dicebatur. Haec enim, *Olim dubitatum an liberatio legari posset. Hodie, quid prodest legatario, vtiliter legatur. Liberatio etiam quasi fidei-*

*redito chirographo, re-
linqui potest.* negotium eodem genere, quo colligatum esset, dissolui, postulabat. Quapropter, cum sola creditoris voluntate contrahi non posset obligatio, ne dissolui quidem posse eius voluntate videbatur. At vero postea inualuit, omnia, quae meliorem legatarii conditionem facerent, vtiliter legari posse; ut, non tam iuris subtilis regulam, quam voluntatem testatoris, & legatarii utilitatem, spectaremus. Hinc admissa etiam legata, in quibus res sua domino relicta esset, si quaedam ad dominum commoditas ex legato peruenire posse videretur. Certe IULIANVS l. 86. §. 4. D. de leg. 1. valere legatum ait, si superficies illi, cuius in solo constituta sit, legetur: Quamvis enim soli sit dominus, tamen hoc ipsum consequi, ut servitute superficiei liberetur, & superficiem lucrifaciat: & propter hanc commoditatem videri utile legatum. Ex hac causa etiam receptum est, ut necessitas reddendae rationis administratori efficaciter remitteretur. l. 18. C. de fideicommiss. quamvis nihil ad administratorem transferretur hoc legato: satis enim beneficii accepit, quod difficultate reddendae rationis liberatus est. g)

Quae cum ita essent, secundum IULIANVM, dubitari non potuit, quin illa, quae debentur, remitti possent testamento: cum placuerit, ut vel tota obligatio, vel si ita visum esset, etiam pars obligationis, legato efficaciter extingueretur. l. 7. pr. D. de liberat. leg.

Imo vero obtinuit, ut etiam debitor creditori, quod ipsi debet, vtiliter legare, & exceptionem, qua ipse aduersus creditorem tutus esset, remittere posse videretur: cum sufficeret, hac voluntate testatoris meliorem fieri conditionem creditoris. Ita enim ARISTO, IULIANVS, atque VLPPIANVS l. 28. D. de leg. 1. l. 7. §. 2. D. de leg. 3. & l. 13. D. de lib. leg. tradiderunt: quod etiam RAEVARDVS observauit. h)

Dicemus igitur, valere legatum liberationis, si quaedam debitoris in illa re commoditas versetur: nec referre, quod non eodem modo tollatur obligatio, quo antea contracta est; cum sit expeditum, iure creditoris remisso, extinguere obligationem, & heredes, secundum defuncti voluntatem, compelli posse ad debitorem liberandum.

Discederem ab hoc loco, nisi vnum adiciendum esse videretur, quod VLPPIANVS monuit, l. 3. §. 1. D. de liberat. leg. aliquando etiam, factis duntaxat a testatore relinqui liberationem, ut heres, debitum exacturus, exceptione repellatur. Huc imprimis pertinet, si quis decedens, id est, proxime moriturus, chirographum reddat debitori. Apparet, neque inter vivos, reddito chirographo, confestim debitum extinguere, cum plerumque, praeter chirographum alia subsit causa obligationis; neque mortis causa remissum videri debitum, cum vltima voluntas solennitatem aliquam, aut certe quinque testium praesentiam, & praeterea verba testatoris luculenter expressa

g) v. Praeses, de tutore aneclogisto.

h) RAEVARD. de reg. iur. c. 13. op. T. I. p. 164.

pressa, desiderare videatur. Interim manifesta est subinde voluntas testatoris, *remittere* debitum volentis, dum chirographum reddit debitori. Igitur *VLPIANVS* ait, *exceptionem* debitori competere, si heres debitum, quamvis reddito chirographo, ab ipso petere auderet: cum *quasi pro fideicommisso* valeat voluntas testatoris, qui chirographum reddidit debitori suo. d. l. 3. §. 1. D. de lib. leg.

Vides non *verum* aut *proprium* subesse fideicommissum, quandoquidem nec heres rogatus est a testatore, nec solennitates adhibitae, cum chirographum debitori redderetur. Sed cum fauor liberationis & aperta voluntas testatoris mouerent interpretes, placuit, hoc casu *fingi fideicommissum*, & ex illo, debitori *exceptionem* dari aduersus heredes creditoris.

Idem *IULIANO* etiam placuit, in alia specie, quae l. 3. §. 2. D. de lib. leg. proponitur ab *VLPIANO*. Finge enim, testatorem *TULLIAE* dedisse chirographum, a debitore *MAEVIO* conscriptum, sed hac lege, vt *MAEVIO* debitori illud redderet post mortem suam. Finge porro, *TULLIAM* obtemperasse voluntati testatoris, & chirographum *MAEVIO* restituisse. *IULIANVS* respondit, videri debitum *MAEVIO* remissum. d. l. 3. §. 2. de lib. leg. Quamvis enim neque legatum sit, nec fideicommissum, tamen, cum ex facto dati & reddit chirographi luculenta sit voluntas testatoris, placuit, *quasi ex fideicommisso*, debitori *exceptionem* dandam esse, aduersus heredes creditoris.

Sed de his quidem *fideicommissis utilibus* & impropriis, seu *quasi fideicommissis* alio loco copiosius a nobis tractatum est. ¹⁾ Enimuero etiam aliis in causis, si propter manifestam *aequitatem* legatum, alias inutile, sustinendum videretur, tollendae difficultatis causa, veteres *fingebant quasi fideicommissum*. l. 77. D. de leg. 1.

§. III.

Accepisti igitur, *fauore liberationis* & supremae voluntatis, paulatim *Stricte interpretantur* admissum esse, vt *legato debito* subinde obligatio extingueretur. Neque ^{legatum liberationis, ne} tamen haec ita intelligenda sunt, vt *profusa liberalitate omne ius testatoris*, quo debitorem obstrictum habuit, atque etiam illud, de quo non ^{plus debitori} senserit testator, *legata liberatione*, confestim dissolutum & abiectum censeamus. ^{remittatur} Enimuero, cum generaliter nemo *ius suum* facile dimittere, aut fructum ^{quam de quo} hereditatis successoris eripere, & hereditatem diminuere omnino voluisse, ^{senserit} iudicetur; quae *questio voluntatis* in illa causa in primis vertitur, si de *interpretatione legati liberationis* disputemus. Igitur ex ordine verborum, ex conglutinatione orationis, ex affectione personarum, ex iis, quae circumstant, ^{elicie-}

¹⁾ vid. Praeses, de deposito, cum fideicommisso utili, §. 2. sqq.

eliciemus, *de quo debito senserit testator*. Sed ex his si nihil appareat, non facile dicemus, extinctam aut *remissam esse obligationem*.

Et primo quidem, cum, *amore legatarii* maxime, beneficia in *suprema voluntate* relinquantur, ita interpretabimur legatum, ut, nisi alia voluntas testatoris luculentis indiciis prodatur, soli duntaxat *legatario*, non etiam *tertio*, nisi legatarii intersit, *prodesse liberationem* iudicemus. Ex hoc fonte deriuatum est, quod CELSVS & POMPEIVS, itemque VLP IANVS l. 2. & l. 5. pr. D. de *lib. leg.* iudicarunt, si *fideiussor* legato *liberatus* sit, tamen *reum*, id est, principalem debitorem, ex sua obligatione nihilofecius teneri, atque ab herede conuenire posse: cum fideiussori duntaxat prospicere voluerit testator, & fideiussoris non intersit, utrum debitor principalis teneatur. Idem etiam IULIANO placuit, ut si duo simus *correi promittendi*, qui eandem obligationem susceperimus, & mihi soli consultum voluerit testator, mihi duntaxat profit liberatio, *correus* in solidum conueniatur. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Eodem iure utimur, si *liberatio* debiti, quod filius contraxit, patri, qui debitorem in potestate habeat, legatur. Respondit enim IULIANVS, l. 5. §. 2. de *lib. leg.* patri duntaxat de peculio actionem *pacto remittendam*, ne etiam filius liberetur, de quo non senserit testator.

Itaque sequemur defuncti *voluntatem*, ne quis liberetur, quam cui fructum *liberationis* prodesse voluerit testator. Contra igitur, si *intersit* legatarii, ut etiam *tertio* remittatur obligatio, ne, si ipse tantum liberatus sit, ex obligatione alterius, cui ipse sit obstrictus, necessitas solutionis legatario remissae, per ambages ipsi imponatur, dicemus, etiam *tertio prodesse liberationem*, ne obligatio *tertii* legatario noceret.

Quapropter, si *reo* obligationis gratiam fecerit testator, etiam *fideiussor* liberatur, ne, si fideiussor teneretur, hic quidem vel *mandati* vel *negotiorum gestorum* actione, a *reo* repeteret pecuniam solutam, adeoque debitori infructuosum esset legatum liberationis. l. 2. pr. D. de *lib. leg.* Igitur dicemus, tunc demum fideiussori non remitti obligationem, qua reus liberatus est, si *donandi animo*, aut *in rem suam*, fideiussorit, ut nequeat a debitore repetere, quod ipse soluerit ex fideiussione. Hoc enim VLP IANVS etiam praecepit, l. 5. pr. D. de *lib. leg.*

Ita fere etiam de *correis promittendi* habendum est, ut, si illi sint *socii*, & *vnus* tantum *liberatus* testamento, *uterque* sociorum liberatus, & tota obligatio extincta videatur, ne legatarius, in *iudicio societatis*, perdat fructum quendam suae liberationis. Quod, video, etiam IULIANO placuisse. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Ex quibus rebus intelligitur, nisi manifesta sit voluntas testatoris, non temere liberalitatem eius *in alios*, de quibus ipse non senserit, proferri.

Sed

Sed hoc fere durius, quod ne *heres* quidem *debitoris* liberetur, nisi appareat testatorem de illo cogitasse, sed sola duntaxat *persona debitoris* tuta sit ex testamento, ne ab ipso debitum petatur. Si enim a *solo debitore* solutionem exigere prohibuerit testator, apparet, reliquos *exclusos* esse a fructu legatae liberationis. Quare, si non adsit *correus*, quem testator excludere his verbis voluisse videatur, *heres debitoris exclusus* videbitur, ne & ipse liberatus sit debito, sed ut *heres*, post mortem debitoris, efficaciter conveniatur. Igitur inspicendum, *in rem*, an *in personam*, exclusis reliquis, conceptum sit legatum. Si enim *totam obligationem* remiserit heredi, Es solle dem Schuldner dasjenige, so der Testator von ihm zu fordern habe, hiermit erlassen seyn, nemo dubitabit, non debitorem duntaxat, sed etiam *heredem legato* comprehendere: sin *heres testatoris a solo debitore* pecuniam exigere prohibeatur, Daß der Erbe von N. die Schuld Post, damit er ihm verhaftet, nicht fordern, noch ihm damit beschwerlich fallen solle, dicemus, solam debitoris *personam* liberari. Hanc certe distinctionem video POMPONIUM secutum esse, l. 8. §. 3. & 4. D. de *liberat. leg.* Ita enim ille: „tale legatum: *heres meus a LUCIO TITIO ne petito*, ad *heredem* Lucii Titii „non transit: quoties enim *personae cohaeret* id, quod legatur, *toties ad heredem eius non transit*, si non cohaeret, transit. Sin *verba liberationis in rem sint collata*, pro eo est, quasi *heres a debitore, eiusque herede, petere prohibeatur.* „

Habes primum obicem, qui legato debiti opponitur, ne quisquam liberetur, *de quo non senserit testator*. Sed aliis etiam modis *constringitur* liberatio legata. Est enim proxima inspectio, ne ipse legatarius *alia obligatione* liberetur, quam de qua appareat, testatorem cogitasse. Eo pertinet imprimis, quod *quacunque remissa obligatione*, secundum POMPONIUM & VLPRIANUM l. 8. §. 6. & l. 9. D. de *liberat. leg.* *dolus malus non remissus* censeatur. Quomodo enim dici possit testatorem etiam de *dolo malo* cogitasse, cum haec talia *ne facere quidem posse* videamur, secundum MARCIANUM, l. 20. D. de *condit. instit.* Quapropter, si quid *dolo malo* admiserit debitor, poterit ab herede conveniri, quamvis ipse *heres* cum ipso *agere* prohibitus sit testamento, d. l. 8. §. 6. D. de *liberat. leg.*

Non multum ab hoc recedit, quod, *pignore legato*, sola *obligatio pignoris* remissa, non etiam ipsum *ius crediti* extinctum, censeatur. IULIANUS enim atque VLPRIANUS, l. 1. §. 1. D. de *lib. leg.* ita rem interpretantur, ut nihilominus debitum ab illo peti possit, cui pignus sit legatum, nisi ostendatur, *aliam* fuisse testantis voluntatem.

Sed quid de patre debitoris faciemus, qui pro filio debitore *fideiussit*, si illi *liberatio* a creditore sit relicta. Apparet *duplicem* parentis esse obligationem, alteram, quam *fideiussione* pro filio contraxit, alteram, qua *de peculio*

ex obligatione filii tenetur. Quam igitur dicemus obligationem remissam hoc legato? Et primo quidem certum est, *ex ordine verborum* & orationis iudicandum esse, *utrum patrem omnino liberare* voluerit testator: hoc enim, si apparuerit, *ex neutra* obligatione utiliter conuenietur.

Deinde, si hoc ostendi non possit, secundum IULIANVM l. 5. §. 4. D. de *lib. leg. durior* obligatio, ex qua solidum debetur, videbitur remissa: ideoque *ut fideiussor*, non *ut pater*, liberandus est, *ut de peculio*, propter filii obligationem conueniri possit: nisi alia fuerit voluntas testatoris.

Extremo non omittendum est, legatum *liberationis*, quamvis *generaliter* conceptum, de illis tantum nominibus accipiendum, quae *ante conditum testamentum* contracta sunt a testatore.

Si enim SCAEVOLAE obtemperemus & ipsam rationem audiamus, vix cogitare potuit testator de illis debitis, quae nondum nata fuerunt, cum legaret liberationem l. 28. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.*

Sed magis disputatione indiget, si testator, *novatione post testamentum facta*, priora debita, quibus debitorem in testamento liberauit, cum posterioribus confuderit, & utraque vna summa comprehenderit, non mutato testamento, an non liberatio etiam in posterioribus debitis prodesse videatur. Faciamus enim, debitorem centum debuisse, cum liberatio ipsi a creditore legaretur. Faciamus porro, debitorem postea *mutuum* cum testatore contraxisse, ex quo quadraginta deberentur. Fingamus, debitorem postea stipulatione utramque summam, & quam ante debuerat, & quam post testamentum coeperat debere, utramque, inquam, summam, vna stipulatione comprehendisse, & se centum quadraginta soluturum spondidisse. An dicemus ipsum legato ab utroque debito absolui? Et posset hoc tentari, cum *novatione* utrumque debitum confusum videatur. Imo vero facilius defenderetur, iam quidem a neutro debitorem esse liberatum: neque a veteri, quia illud *novatione* sit extinctum, neque a posteriori, quia de illo non cogitare potuerit testator, cum legaret liberationem. Sed idem ille, quem antea laudaui, SCAEVOLA respondit, si in eadem *voluntate* manserit testator, *prius duntaxat debitum* remitti. l. 31. §. 5. D. de *lib. leg.*

Extremo maximam difficultatem habet, quod PAPINIANVS ait, generaliter in legato liberationis, videri testatorem illud duntaxat remisisse debitori, *quod manserit in obligatione, donec tabulae* aperirentur: ideoque, si quid *ante apertas tabulas* exsolutum sit, illud repeti non posse. Ita enim ille l. 24. D. de *lib. leg.* Sed hanc difficultatem deinceps diluamus.

§. IV.

Sed, vt plenius intelligatur, non qualibet solutione extinguui legatum liberationis, ab instituto non alienum erit, exponere, quis sit fructus & effectus beneficii illius, quo debitum remittitur in testamento.

Et primo quidem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, l. 17. C. de fideicommiss. manifestum esse, aiunt, exceptionem debitori ex voluntate defuncti competere, si heres petierit debitum, a quo testator ipsum iussit liberari. Hoc PAPINIANO etiam, & MODESTINO, itemque VLPIANO, l. 3. §. 3. & l. 22. D. de liberat. legat. placuit, vt, si liberatio debitori relicta sit, aut testator peti debitum noluerit, debitor exceptione uti possit.

Habes primam commoditatem debitoris ex legato liberationis, vt exceptione tutus esse videatur. Sed his finibus non coercetur testatoris liberalitas, qui necessitatem crediti soluendi debitori voluit remitti. Etiam actio debitori, vt ex aliis legatis, ita ex relicta liberatione, competit, vt liberetur, & fructu remissi debiti plenissime utatur. Hoc enim & POMPONIVS & IAVOLENVS, & VLPIANVS, & MODESTINVS tradiderunt. l. 3. §. 3. l. 4. l. 6. l. 20. pr. D. de liberat. leg. Luculentissime PAPINIANVS, debitorem non solum exceptionem habere, sed etiam fideicommissum petere posse, ait, vt ab herede liberetur. l. 22. D. de liberat. leg.

Igitur agere potest debitor, vt liberetur: quandoquidem eius interest, vt non solum ab actione heredis tutus sit, sed vt pignora etiam & fideiussores liberentur, denique vt ipse, luculenta probatione, aliis possit fidem facere, se liberatum esse, & nullis obligationis vinculis teneri, nulli obnoxium esse necessitate aeris alieni exsoluendi.

Sed opportune IULIANVS monet, interesse, quo modo liberari velit debitor, si debitum ipsi sit remissum. Interdum enim, vt acceptilatione liberetur, peti posse, interdum pacto duntaxat ipsum liberari & dimitti. l. 3. §. 3. & l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de lib. leg. Nimirum acceptilatione, & AQUILIANA stipulatione inprimis, plenissime, vt constat, debitor a creditore liberatur.

Haec enim perinde liberat, secundum VLPIANVM, ac si solutione obligatio peremta esset. l. 7. §. 1. de liberat. leg. l. 5. & 6. D. de acceptil. Aut, si quid, vt MARCIANO videtur, inter solutionem & acceptilationem interest, certe satisfactum creditori videbitur per acceptilationem, vt omne ius aëtoris extinguatur. l. 49. l. 52. & l. 54. D. de solut. Contra vero, pacta cum strictius accipienda sint, & vix, vltra verba paciscentium, extendantur, apparet, pacto aliquem modo plenius, modo minus plene, & prout paciscentibus placuerit, ab obligatione liberari, vt vel illa tota, vel pars obligationis, remittatur, & vel sola persona debitoris, vel heredes etiam, & pignora, & fideiussores, & vel in perpetuum vel ad tempus, liberentur. Quae cum ita

sint, *voluntatis quaestio* est, de quo genere liberationis senserit testator. Si enim *in rem* conceptum sit legatum, vt supra observatum est, *acceptilatione* opus est, vt tota obligatio extinguatur, & omnes liberentur, quos debitoris interest ex obligationis vinculis dimitti: *sin personae* duntaxat consuli voluerit testator, aut sub conditione, aut ad tempus actio remissa fuerit, quod *VLP- IANVS* & *POMPONIUS* in *acceptilationibus* fieri non posse l. 4. & 5. D. de *ac- ceptilat.* docuerunt, *pacto* duntaxat liberabitur debitor, ne vel tertio profit li- beratio, vel plus debitori, quam, de quo testator cogitauerit, herede inuito, remittatur. Hoc enim *IULIANVS* & *VENULEIUS* diligenti observatione definiuerunt. l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.* l. 31. §. 1. D. de *nouat.*

Ex his, quae adhuc dicta sunt, intelligetur, legatum liberationis non tan- tum *exceptionem* parere, sed etiam *actionem*, qua petit debitor, vt vel *acce- ptilatione*, vel *pacto*, liberetur. Neque tamen, vt *verbis* tantum dimittat debitorem, ab herede peti potest, sed etiam, ne qua alia ratione fructum libe- rationis interuertat, efficaciter conuenietur. Igitur, si *quid retineat* heres, quod propter debitum contractum *retineri* potuisset, non solum ad *liberandum* debitorem, sed etiam ad *reddendum*, quod retinuit, actione ex testamento compelletur.

PAVLVS quidem l. 16. D. de *lib. leg.* eiusmodi speciem tractauit, in qua heres, etiam, quae retinuit, reddere compulsus est. Si enim conductor, quidquid illum ex conductione dare facere oporteret, remiserit locator, *PAVL- LVS* ait, *NERVAM ATILICINVM* respondisse, heredem, qui iure locatio- nis aliquid *retineret*, ex testamento obligatum esse, vt restitueret legatario, quidquid ipse ex locatione, contra supremas tabulas, retinuisset. l. 16. D. de *lib. leg.* Haecenus igitur *agi* potest ex legato liberationis.

§. V.

Is, cui li-
beratio lega-
ta est, inter-
dum etiam
repetere po-
test, quod
heredi credi-
toris per er-
rorem solu-
tum est. Fal-
sa demon-
stratio non
nocet lega-
tario.

Actione igitur uti potest debitor, cui debitum testamento remissum est, non solum ad liberationem consequendam, sed ad reddenda etiam, quae pro- pter debitum testamento extinctum ab herede *retinentur*. d. l. 16 D. de *lib. leg.* Sed, vt supra observatum est, non aequae facilis est praetor, in conditio- ne concedenda, si iam *solutum sit* debitum, a quo liberatio relicta erit debi- tori. Si enim *TERENTIVM CLEMENTEM* audiamus, vix *repetitioni* locus erit, si *solueris* debitum, quod tibi sit *remissum* testamento. l. 21. pr. D. de *lib. leg.*

Sed, ne quid nos perturbet, species diuersae seiungendae sunt, vt de singulis distinctius & certius constituamus. Prima erit inspectio, si debitor *he- redi creditoris*, qui *liberationem* ipsi legauerat, *soluerit*, defuncto testatore, quod ipsi fuerat remissum. Et certum est, etiam *repeti* interdum posse, quod *he-*

heredi, post legatam liberationem, *solutum* est, si ille *iniquè* acceperit solutionem, & manifesta sit voluntas testatoris. IULIANVS quidem eiusmodi speciem l. 7. §. 5. D. de lib. leg. proposuit, in qua soluti repetitio datur debitori. Vt ecce, faciamus, quod quis filium *impuberem* instituat heredem, sed impuberi det substitutum, in illum casum, ubi ante pubertatem decesserit impubes. Faciamus porro, substitutum legatis onerari, & iuberi testamento, TITIVM debitorem *liberare*: faciamus praeterea, filii impuberis tutores nihilominus debitum exigere a TITIO, ipsumque compellere *ad solutionem*: quia forte credant, relicta a substituto, non a pupillo peti posse, vel, quia separatim obsignata sint, quae ad pupillum pertinerent, ut ignorent tutores, debitori legatam esse liberationem. Iam videamus, si impubes decesserit, & hereditas peruenerit ad substitutum, an TITIVS *repetere* a substituto possit, quae heredi impuberi, cum ignoraret sibi remissum esse debitum, soluisset. IULIANVS ait, *non euanescere legatum*, sed substitutum *actione ex testamento teneri*, ut restituat debitori, quod exegerit pupillus: hoc enim habere rationem, cum manifesta sit voluntas testatoris, d. l. 7. §. 5. D. de liberat. legat.

Eandem rationem sequemur, si a primo herede quidem, sed sub *conditione*, liberatio relicta erit debitori. Finge igitur, *pendente conditione*, heredem *praeoccupasse*, ut cum TERENCE CLEMENTE loquar, & debitum exegisse, priusquam existeret conditio, sub qua debitum remissum esset: an dicemus *repeti* solutum posse? Et ULPIANVS quidem, itemque TERENCE CLEMENS, l. 7. §. 7. & l. 21. §. 2. D. de lib. leg. *ex testamento actionem* manere, & solutum repeti ac condici posse, aiunt: cum in arbitrio heredis esse non debeat, ut exactione intempestiua efficeret, quominus, quandocunque existente conditione, fructus legati perueniat ad debitorem. d. l. 21. §. 2. D. de liberat. leg. quod video etiam MARCELLVM in specie non absimili obseruauisse. l. 5. §. 2. *in fine*, D. de liberat. leg.

Idem dicemus, si heres, *post apertas tabulas*, a debitore, cui debitum remissum esse non ignorauerat, illud exegerit, quod hic debuerat defuncto. PAPINIANVS enim ait, *hoc dolo esse proximum*, adeoque debitori dandam esse *repetitionem*. l. 24. D. de liberat. leg. Enimuero expeditum est, quamuis *vere debitum* solutum sit, & *iusta causa* fuerit soluendi, tamen, cum *existente conditione res redierit ad non iustam causam*, *repetitionem* quandoque debitoribus concedi. l. 1. §. 3. D. de condict. sine causa.

Itaque apparet, legatarium, cui debitum remissum sit, non solum *ad liberationem* efficaciter agere aduersus heredem creditoris, sed ipsi etiam *ad reddenda* illa, quae post liberationem relicta heredi exsoluta sunt, *actionem ex testamento* dari, si appareat, heredem, *aduersus voluntatem defuncti*, debitum a debitore exegisse. Sed vnā tamen, quam supra tetigimus,

difficultatem PAPINIANVS nobis obiicit. Hic enim, d. l. 24. D. de *liberat. leg. quidquid ante apertas tabulas solutum sit heredi*, negat repeti debere: cum testator de illo tantum, quod *vsque ad apertas tabulas* in obligatione *manserit*, cogitasse videatur.

Fateor, rem perturbari a PAPINIANO. Parum enim abest, quin existimet, quidquid, *sine dolo malo heredis*, ipsi *solutum* sit a debitore, *repeti non posse*. Sed salua res est, si memineris, ex hac duntaxat ratione PAPINIANVM denegasse *repetitionem*, quia testator de illo, quod solutum fuerit, & non manserit in obligatione, *non cogitasse videatur*. Ex ista enim caussa, quam PAPINIANVS adiicit, intelligetur, etiam *in hac specie quaestionem voluntatis esse*, an de illo tantum, quod vsque ad apertas tabulas manserit in obligatione, *cogitauerit* testator. Sed haec *voluntas*, vt saepe diximus, ex illis, quae circumstant, & inprimis *ex ipsa figura verborum & orationis*, aestimanda est. Igitur si dixerit testator: *nihil peti a TITIO debere*, *Es solle Titius, wegen dessenigen, damit Er dem Erblasser verhaftet, von dem Erben nicht in Anspruch genommen werden*, facio cum PAPINIANO, vt nihil relictum videatur, nisi quod *manserit in obligatione*, vsque ad tabulas apertas. Satisfecit enim heres voluntati testatoris, si *actionem* debitori remiserit post apertum testamentum, & de residuo ipsum non conuenerit, ob legatum liberationis. POMPONIVS certe docet, ex quibus *retentionem* quidem habemus, *petitionem* non habemus, ea si *soluta* sint, *repeti non posse*. l. 51. D. de *condict. indebiti*.

Atuero omnia alia dicemus, si *ipsa quantitas debiti legato sit expressa*, a qua heres debitorem liberare teneatur: vt puta, *Es sollen Titio die verschriebenen 1200. Thlr. zu gute gehen, und erlassen seyn*. Ausim affirmare, quod de hac specie postrema non senserit PAPINIANVS: cum appareat, testatorem de *tota quantitate* debiti *cogitauisse*, & debitori eius gratiam fecisse. Igitur tunc vtiliter repeteretur, quidquid debitor ex illa quantitate soluerit heredi, quamuis nondum apertae essent tabulae supremae voluntatis.

Itaque dicemus, si totam *quantitatem*, luculenter testamento *expressam*, remitti voluerit testator, omne illud, quod debitor testatoris, post mortem eius, soluerit, actione ex testamento repetendum esse: neque PAPINIANVM l. 24. D. de *liberat. leg.* nobis aduersari, si appareat, quod de *tota quantitate* remittenda cogitauerit testator. Sed video, te nobis obiicere, quod *quantitatem* illam debitori non *simpliciter*, sed *quasi debitam*, remiserit testator, adeoque hoc duntaxat, quod *manserit* in obligatione, non illud, quod *solutum* sit, *debiti* appellatione comprehendi videatur.

Verum enim vero totam *quantitatem* legato expressam, *quasi adhuc debitam*, remittere voluit testator. Itaque, quamuis tempore aperti testamenti non amplius debeatur tota illa quantitas, cum aliquid interim, post mor-

mortem testatoris, debitor soluerit heredi: tamen, quasi *falsa demonstratione* adiecta, non vitiabitur legatum, sed totius quantitatis compendium ad debitorem pertinebit. Aperta enim est voluntas testatoris, qui noluit ex illa quantitate aliquid ad heredem, quamvis nondum aperto testamento, pervenire. Ita enim PAVLLO visum est, l. 25. pr. D. de *liberat. leg.* itemque SCAEVOLAE, l. 88. §. 10. D. de *leg. 2.* vt generaliter, *expressa quantitate*, quae *quasi debita* remittatur, quamvis non amplius sit debita, *quasi falsa demonstratione*, legatum non infirmari censeatur.

§. VI.

Tractauimus, quando ab herede repetatur, quod ipsi post mortem testatoris solutum est a debitore, qui ignorauerit, *liberationem* sibi legatam esse: superest, vt exponamus, *utrum repeti possit*, quod ipsi testatori debitor soluerit, post conditum ab ipso testamentum, quo debitum remisit debitori. Et in hac quidem specie vinci videmur omnium fere interpretum consensu. Vno enim ore pronunciant, *exactione testatoris legatum liberationis extingui*. Hoc certe VLP IANVS luculenter praecepit, l. 7. §. 4. D. de *liberat. leg.* qui, ita demum, inquit, *liberatio legata effectum habet*, si non fuerit exactum id a debitore, dum viueret testator: ceterum, si exactum est, euanesceat legatum.

Vides, vix admitti, vt repetere possit debitor, quod viuo testatori numeravit, quamvis illud remissum sit suprema voluntate: quodcunque enim solutum fuerit, parum abest, quin exactum videatur. Imo vero apertius TERENCEIUS CLEMENS, non tamen *exactionem*, quam *solutionem*, desiderat, qua legatum extinguatur. Ita enim ille: si id, quod mihi deberes, vel tibi, vel alii legauero, idque mihi solueris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguatur legatum, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* vt intelligatur, *exactione solutionem* fere qualemcunque comprehendere. Praeterea, vt luculentiora sint exempla *liberationis*, IULIANVS etiam *confusione*, legatum *remissionis* infirmari docet, l. 21. §. 2. D. de *liberat. leg.* cum sufficiat ad legatum extinguendum, quacunque ratione, viuo testatore, aut ante tabulas apertas, extinctam esse obligationem.

Extremo, ne quis existimet, *morosa* demum *exactione* testatoris, & quae cum aliqua indignatione coniuncta sit, perimi legatum liberationis, abscisse SCAEVOLA, extingui legatum, ait, si viuus testator receperit debitum, a quo debitorem testamento liberauit, l. 31. pr. D. de *liberat. legat.* Hanc enim speciem SCAEVOLA proponit: „creditor debitori legauit, ita: Seio, „quidquid mihi, sub pignore horrosum, debuit, ab heredibus meis dari volo: „quaero, cum testator viuus a Seio aliquid recepit, an id, ex causa legati, „peti possit. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, non posse.

Appa-

Apparet igitur, denegari *repetitionem* debitori, si quid *recepit* testator ex illo debito, a quo liberationem legauerit debitori. Verum enim vero, non dimoueor a sententia, quam, supra, capite primo proposuimus, *non qualibet solutione perimi legatum liberationis*. Nimirum idem, qui nobis antea aduersabatur, IULIANVS, alio loco, generaliter, cum de interpretatione *liberationis legatae* quaeritur, inspiciendum esse ait, *quae testantis voluntas fuerit*, in testamento, l. 1. §. 1. D. de *liberat. leg.* Praeterea etiam SCAEVOLA, quem antea in contrariam partem inclinare ostendimus, in eadem fere specie, quam proxime tractauimus, *iudicem aestimaturum* esse, respondit, *utrum quantitatem potius quondam debitam*, sed iam quidem *exsolutam*, an *ius liberationis* duntaxat, relinquere omnino voluisse videatur. l. 31. pr. D. de *lib. leg.* Idem illud etiam in alio exemplo praecipit, ut, si *novatione post conditum testamentum facta*, *extincta* sit prior illa obligatio, quam testator debitori remisit, tractari debeat, *an in eadem voluntate manserit* testator, & annon verus illa quantitas, quam tempore testamenti legatarius debebat, legato nihilominus contineatur, l. 31. §. 5. D. de *liberat. leg.*

Extremo VLPPIANVS, ut & cum hoc in gratiam confestim redeamus, l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.* ex animo testatoris iudicandum esse, docet, an *repeti* possit debitum, quod viuus deinde *exegerit* testator. Si enim nomen, inquit, debitoris *exegerit*, quod per fideicommissum reliquit, non tamen *hoc animo*, quasi vellet *extinguere fideicommissum*, poterit dici, *illud deberi*. d. l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.*

Ex quibus rebus intelligitur, non statim *extingui* legatum *liberationis exactione* debiti, aut qualibet *voluntaria solutione*; sed ante omnia quaerendum esse, *quo animo* testator *acceperit solutionem* debiti, quod in testamento antea *remisit* debitori. Atuero *quaestionem* illam *voluntatis* ALEXANDER, quod supra a nobis obseruatum est, *arbitrio iudicis* permittit, ut ex ipsa figura legati, & reliquis quae circumstant, aestimetur, *quo animo testator fuerit*, cum vel *exigeret*, vel *acciperet*, *solutionem* l. 7. C. de *fideicommiss.*

Sed dices, superuacaneam videri *quaestionem voluntatis*, si testator *exegerit* legatum: cum ex ipsa re appareat, *voluntas adimendi*. Neque videtur dubitari posse, quin *voluntatem mutauerit* testator, qui *solutionem* vel *exegerit*, vel *acceperit* a debitore post testamentum conditum, cui illam ante in tabulis supremas voluntatis *remisisset*. Ais enim, haec inter se pugnare, testamento *remittere debitum*, & nihilominus *exigere* aut *recipere solutionem*.

Verum enim vero audacter negauerim, *mutari* semper voluntatem, si quis *viuus* exigat aut accipiat *solutionem* debiti, quod antea remisit testamento.

mento. Habet interdum testator causas grauiſſimas, cur nolit *uiuus* remittere, quod remittit *testamento*. Supra enim, capite primo, comprobaui-
mus, multum interesse, a *uiuo* remittatur debitum, an *suprema voluntate*. Ni-
mirum *debitio* non solum *pecuniae*, sed etiam *gratiae*, quae defuncto reddi
non potest, remittitur in testamento. Dici non potest, quantum iucundio-
ra sint quibusdam beneficia, si videant, se pro illis gratiam non debituros,
& donatori non obnoxios futuros esse. Contra, si debitum a uiuo remitti-
tur, certe *gratia* debetur creditori. Sed recte SENECA ^{k)} obseruauit,
quod *grauē tormentum sit, debere, etiam gratiam, cui nolis obligatus*
esse: cum uiris honestis fere grauior sit debitio gratiae, quam prorsus referre
nequeunt, quam *pecuniae*, quae exsolui potest. Enimuero, si TACITVM ^{l)}
itemque Q. CURTIUM, ^{m)} audias, quaedam beneficia, a *uiuis* praestita,
odini: eousque enim laeta sunt, dum videntur *exsolui posse*: ubi mul-
tum anteuenerunt, *pro gratia odium redditur*: ideoque secundum SENE-
CAM ⁿ⁾ tutius est, quosdam non offendere, quam demeruisse: cum argu-
mentum nihil debentium odio quaerant, ipsosque infensissimos non tantum
post beneficia, sed etiam *propter beneficia*, quandoque habeamus.

Quae cum ita sint, apparet, testatorem aliquando posse *caussis idoneis*
moueri, ut malit, dissimulato, dum uiuit, suo beneficio, post mortem
demum de aliis bene mereri, & inuidiam sui beneficii, qua gratia &
dignitas eius corrumpitur, declinare, & praeterea clientis sui *verecundiae*
consulere, ne sensu huius beneficii aegrius & molestius afficiatur. Profecto
enim, etiam proba ingenia, & quae optime a natura comparata sunt, faci-
lius a *mortuis*, qui nullum ex liberalitate sua incommodum sentiunt, quam
a *uiuis*, debiti remissionem accipiunt & patiuntur: cum his quidem se mo-
lestos fuisse, suam indigentiam, quam plerique boni tegunt, proditam, suam
inopiam misericordia dignam creditori suo visam fuisse, ex ipso beneficio,
cum pudore, & cum acerbissimo sensu calamitatis suae, suspicentur. Qua-
propter recte ARCESILAVS ^{o)} amico pauperi & aegro, sed *dissimulanti*
paupertatem suam, & non confitenti, deesse sibi sumtum ad usus necessa-
rios, *clam* succurrendum esse iudicauit, & puluino eius *ignorantis* saccu-
lum subiecit, ut homo *verecundus*, quod desiderabat, *inuenire* potius, quam
accepisse videretur. Quanto diligentius enim humanam conditionem cogi-
tamus, tanto circumspectius beneficia, quae aliorum infirmati, egestati,
ignominiae, succurrunt, merentibus largimur, ut nota sint solis, quibus
proſint, & his etiam, si fieri possit, ignorantibus, & quasi per insidias,
subinde offerantur.

Vides,

^{k)} SENECA de benef. II. c. 18. ^{l)} TACIT. annal. III. c. 18. n. 3. ^{m)} CURT. VI.
c. 8. n. 8. ⁿ⁾ SENECA de benef. L. II. c. 24. n. 1. Id. L. III. c. 1. n. 1.
^{o)} SENECA de benef. II. c. 9. & 10.

Vides, quid mouere possit testatorem, vt *uiuus* accipiat solutionem, & dissimulet *remissionem* debiti, quam debitori *post mortem suam* destinauit. Sed accedunt alia, quae suadere possint, ne *uiuus* remittat debitum, cuius gratiam post mortem facere voluit debitori suo. Fac enim *necessitates repentinas* obuenire, quae efficiant, vt testator iam quidem carere pecunia non possit, quamuis videat, post mortem suam, ab herede, sine eius incommodo, debitum remitti posse. Aut fingamus, debitorem *sortis facile iacturam* pati, sed *usuras & redditum* ex sorte, quibus ad necessitates vitae tolerandas opus habet, dum viuit, negligere & abiicere non posse. Haec omnia efficiunt, vt, quamuis pertinaciter & perseueranter velit remitti debitum *post mortem suam*, *uiuus* tamen dissimulet voluntatem remittendi, adeoque vel exigat, vel accipiat solutionem.

Quapropter, quod *SCAEVOLA* ait, l. 31. pr. & §. 5. D. de *liberat. leg.* diligenter aestimandum est, *an non manserit testator in priori voluntate*, quamuis acceperit solutionem. Sed *voluntatem* ex multis rebus facile intelligimus. Eo pertinet, si appareat & probabile sit, testatorem per *oblivionem*, aut *inconsulto*, forte aliis rebus *occupatum*, & *cum non vacaret*, solutionem accepisse. l. 31. pr. D. de *liberat. leg.* Posset eodem etiam referri, si quis *aegre, & difficulter*, & *cum tergiuersatione* aliqua, acceperit solutionem. Hoc enim in illa specie, quam capite primo, sub finem, proposuimus, acciderat, quando quidem tutores pupilli, cui liberatio relicta erat, *renuenti & fere inuito* creditori, non tam obtulerant, quam potius *obtruserant*, solutionem.

Praeterea audiamus *VLPIANVM*, qui l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.* tunc maxime *petitionem fideicommissi superesse*, ait, si nomen debitoris exegisset quidem testator, neque tamen attigisset pecuniam, sed *pro deposito* habuisset. Hoc enim indicio proditur, quod non tam debitum, quam quantitatem potius debito comprehensam, voluerit legare, & hanc ideo seruauerit & custodiuerit, vt ad legatarium post mortem eius perueniret.

Imo vero, si vel *attigerit* testator pecuniam solutam, & *praedia comparauerit ex illa parte pecuniae*, tamen, secundum *VLPIANVM*, dicemus, *peti* posse pecuniam; inprimis, si testator non *exegerit*, sed debitor *ultro obtulerit* pecuniam, quam, *ipso offerente*, *non potuit non accipere*. testator d. l. 11. §. 13. D. de *lib. leg.*

Ex hoc loco apparet, *voluntaria solutione* debitoris, & *ultro oblata*, nisi probetur voluntatis mutatio, *non extingu* legatum liberationis. Videbitur enim *ex necessitate iuris* accepisse, & *non potuisse non accipere solutionem*. Sed haec talia, quae *necessario* a nobis sunt, non ita accipienda sunt, ac si discefferimus a priori voluntate: cum hoc demum ex illis, quae *sponde* sunt, efficaciter intelligatur.

Atuero negas forte, esse aliquam *necessitatem*, quae testatori imponatur, ut accipiat pecuniam *oblatam*: cum *remittere* debitam pecuniam *offerenti* omnino potuisse videatur. Sed ex his, quae adhuc disputata sunt, non obscurum erit, testatorem, nisi *usuris* etiam carere, aut *verecundiam* debitoris onerare, velit, plerumque *non posse non accipere pecuniam oblatam*. Enimuero, secundum *VLPIANVM*, si debitor *offerret* pecuniam, creditor *nollet accipere*, huic quidem deinde praetor *denegaret actiones*. l. 30. D. de solut. Ideoque, nisi *usuras* etiam *uiuus dimittere*, aut *beneficium*, testamento debitori destinatum, *prodere* & *uiuus indicare* maluerit, *neccessario accipere debet pecuniam oblatam*.

Ex his autem, quae *neccessario* a nobis fiunt, ut diximus, *indiciu mutatae voluntatis* non elicitur, nisi mutatio ex causis aliis proberetur. *VLPIANVS* quidem exemplo *alienationis neccessariae*, qua res testatoris propria alii legata, ab ipso uiuo in alium transfertur, exemplo, inquam, *alienationis neccessariae*, de qua proximo anto hunc locum articulo. l. 11. §. 12. D. de leg. 3. tractauerat, imprimis utitur, ut probet, non mutatam censi voluntatem, si pecuniam *ultro oblatam* acceperit testator. Enimuero expeditum est, si rem suam, quam legauerat, *neccessitate urgente alienauerit* testator, tamen fideicommissum peti posse, nisi heredes *probauerint*, testatorem *adimere* legatum voluisse. d. l. 11. §. 12. D. de leg. 3. In his enim talibus, *coniectura voluntatis*, quod *PAPINIANVS* ait, iudicamus, etiam post alienationem neccessariam deberi nihilominus legatum. l. 78. §. 1. D. de leg. 2. Ex eadem certe causa *SEVERVS* atque *ANTONINVS*, si quis praedia *oppignorauerit*, quae alii legauerat, iudicauerunt, *non mutatam esse voluntatem*, l. 3. C. de legatis: cum & *oppignoratio* quidem sit *alienationis* quaedam species, sed, talis, ad quam raro, nisi urgente *neccessitate* aliqua, deueniamus.

Igitur dicemus, *solutione voluntaria* accepta, *alienari* quidem *ius crediti*, quod debitori testamento remissum est, cum & ille, qui solutionem accipit, *ius actionis alienare* videatur, l. 25. C. de administr. tut. sed & hoc dicemus, hanc *alienationem esse neccessariam*, cum, *debitore pecuniam offerente*, illam *non potuerit non accipere* testator: hinc alienatione illa *neccessaria*, id est, dum solutionem neccessario accipit, & *ius crediti dimittit* creditor, non perimi legatum.

Vna tamen adhuc obstabit difficultas, quam *VLPIANVS* etiam agnovit, d. l. 11. §. 13. D. de legat. 3. quod ipsum *ius crediti solutione extinguui* videatur, ideoque *post solutionem* illud non amplius superfit, quod testator legauit aut remisit debitori. Constat autem inter omnes, legatum *rei interitu extinguui*: quod *POMPONIUS* docuit, l. 36. §. 3. D. de leg. 1.

Habes difficultatem, sed quam facile expediemus. Nimirum si quantitas, quae debitori *remitti* debeat, sit definita testamento, dicemus, non tam *debitum*, quam potius *quantitatem* legatam esse debitori, quod supra a nobis observatum est. Atvero nemo dubitat, *quantitatem nunquam interire*. Neque hoc sine exemplo admisit VLP IANVS. Occurrunt enim plures eiusmodi species, in quibus, quamvis *res ipsa* iam praestari nequeat, *aliud quid praestatur*, ut exitum habeat voluntas testatoris. Ut ecce, si ipse rem *emerim*, quam tu mihi legaueris, quamvis res mea mihi legari nequeat, tamen, secundum IULIANVM atque VLP IANVM l. 34. §. 7. & l. 82. pr. D. de leg. 1. pretium, & quidquid mihi propter emtionem abest, debebitur ex testamento, secundum voluntatem testatoris. Ad eundem modum, quamvis debitum, post solutionem, remitti nequeat, tamen quantitas debito pristino aequalis repetetur.

Eadem dicenda erunt, si quis tertio legauerit, quod alius deberet, ut, si debitor ultro testatori pecuniam ubtulit & soluerit, nihilominus legatarius eandem quantitatem, quam alius antea debuerat, interdum actione ex testamento impetrare possit. De hac enim specie inprimis videtur VLP IANVS cogitasse, l. 11. §. 13. D. de legat. 3.

§. VII.

Vsurae repeti nequeunt quas debitor exsoluit testatori postquam ipsi liberatio legata est.

Satis credo comprobauimus, *repeti posse debitum*, a quo testator debitorem liberauit testamento, quamvis ipsi viuo debitor *obtulerit solutionem*. Sed haud paullo secius iudicandum erit de *usuris*, quas debitor exsoluerit testatori, postquam ipsi liberatio legata fuit testamento.

Enimuero non quidem dissimulauerim, legato *debiti* etiam *usuras*, tanquam accessionem quandam sortis, comprehendi. Hoc enim SCAEVOLA praecepit, l. 34. pr. D. de leg. 3. ut in legato debiti *alieni* cum sorte etiam *usurae* debeantur. Sed & illud non ignoro, secundum VLP IANVM, *usuras* sortis debitaе solutas, quamvis non promissas, & quae *retineri* a debitore potuissent, tamen, si modum *legitimum* non excefferint, *repeti* non posse. l. 26. pr. D. de cond. indeb. Imo vero supra comprobatum est, ideo plerumque *post mortem differrri remissionem* debiti, ut testator *uiuus usuris perfruatur*. Itaque, *coniectura voluntatis*, *usurae* testatori exsolutae, propter *legatum liberationis nunquam repetentur*.



LIII.
OBSERVATIONES
DE POENA SILENTII
ET
CONSCIENſIAE DELICTI
ALIENI.

AD §. V.

NOVISSIMI EDICTI LONGE CLEMENTISSIMI
Von geſesmäßiger Beſtrafung
des vorſehlichen Feuer-Anlegens
DRESDAE, DIE XVI. NOV. A. MDCCXXXI.
PROPOSITI.

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. MDCCXXXII.

§. I.

Οὐκ ἔστι κρείττον τοῦ σιωπᾶν οὐδὲ ἐν, quod ille apud STO- *Est & fidei*
BAEVM b) ait. Nihil certe plerumque πολιτικώτερον, nihil publice priuatim. *tuta ſilentio*
que vtilius, quam *cauto & fidei ſilentio* illa perficere, quae ab aliis, verbo- *merces a).*
ſiſſima garrulitate, & magno apparatu, difficilius & impeditius adminiſtrantur. *Conſcientia*
Haec erat illa *Attici eloquentia*, de qua M. TULLIVS c) ſe aliquid ſum- *delicti alie-*
ſiſſe ſcribit, cum ad verbosam hoſpitis narrationem *tacuiſſet.* CAIVS enim *ni aliquan-*
PLINIVS II. d) non minus eſſe *oratorium* fatetur, *tacere* aliquando, quam *do nocet. Ex*
dicere: multisque ſe, capitis etiam reis, fere magis *ſilentio*, quam accuratiſſima *delicto alie-*
oratione, profuiſſe: & EPAMINONDAS ille, Pythagoricis praeceptis inſti- *cile tenetur.*
tutus, cum, inter alias virtutes imperatorias, *commiſſa* inprimis diligentiffime
celaret, non minus hoc reipublicae prodeſſe affirmabat, quam diſerte dicere e).
Haec denique eſt virtus illa heroica, cui maxime Hiſpanos quosdam TACI-

C 3

a) HORAT. III. od. 2. v. 25.
Atticum L. XIII. ep. 42.
in Epaminonda, c. 3.

b) STOBAEVS f. 33. p. 221.
c) PLINIVS, L. VII, ep. 6. n. 7.

e) CIC. ad
NEPOS

TVS ^{f)} & TROGI POMPEII ERITOMATOR ^{g)}, etiam inter tormenta, immortuos testantur. Extremo haec ostendit, hominem, qui tacere possit, sibi imperare, & habere animum in potestate, & quid utile dictu, periculosum euentu videatur, circumspecto consilio aestimare posse.

Enimuero etiam ex ICtorum sententia, interdum, quod NASO ^{h)} ait:

— — — *gravis est culpa, tacenda loqui,*
& generaliter, inter priuatos, *culpa est*, secundum ROMPONIUM, *immiscere se rei ad se non pertinenti*, l. 36. D. de reg. iur. cum turpe videatur, de aliorum negotiis, quae vix percontando & diuinando, quasi per transennam, oculo ambiguo perspicere possimus, garrulitate inconsulta fabulas narrare.

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, illos omnino, qui contra datam fidem, etiam priuatorum *arcanas* rationes, quamuis per *leuitatem* duntaxat, aliis percontantibus renunciant, si damnum inde enascatur, coercendos esse, & de damno sarciendo efficaciter a laeso conueniri posse. Sed in illos imprimis, qui *dolo malo*, & studio nocendi, cum amicorum aduersariis conspirant, & secretas opportunitates, sibi solis maxime perspectas, indicant, aut piratis, furibus, latronibus, sicariis, occultos aditus & tempora, quibus commodissime noceri possit, per insidias ostendunt, in illos, inquam omnes, tanquam in *proditores*, seuerissimo supplicio animaduertendum est. Hos enim veteres Germani, quod TACITVS obseruat ⁱ⁾, *arboribus suspensos* enecabant: Saxones *crurifragio* plectebant. Ita enim *vetus auctor iuris prouincialis* 2. l. R. art. 13. Alle Mörder, und die den Pflug berauben &c. und Verräther und Mordbrenner, und die ihres Herren Botschaft werben zu ihrem Frommen, oder von eines andern wegen, die soll man alle Radebrechen. Quod ne quis ad publicam prodicionem duntaxat pertinere arbitretur, audiamus *imperatorem CAROLVM V.* qui art. 124. *ordin. crimin.* etiam *priuatae prodicionis* reos capite multari iubet. Welcher mit böshastiger Veräthe-
rey mißhandelt, soll der Gewohnheit nach, durch Biertheilung zum Tod gestrafet werden: Wäre es aber ein Weibsbild, die soll man ertränken, Und wo solche Verrätheren grossen Schaden oder Aergerniß bringen mogte, als die so ein Land, Stadt, seinen eignen Herrn, Bettgenossen, oder nahe gesippte Freunde beträse, so mag die Straf durch Schleifung, oder Zangen, Reißen, gemehret, und also zu tödlicher Strafe geführt werden. Certe maiores nostros, etiam ante Caroli V. tempora illius moris vestigia reliquisse B. RHENANVS ^{k)} obseruauit. Sed apud nos quidem, sapientissima lege

^{f)} TACIT. annal. IV. c. 45.

^{g)} IUSTIN. histor. Philipp. l. 44. c. 2. n. 3.

^{h)} OVID. de arte amandi l. 2. v. 603.

ⁱ⁾ TACIT. de moribus German. c. 12.

^{k)} B. RHENANVS, rer. Germanic. l. 3.

lege constitutum est, ut, qui *privatum* exteris, *militiae* causa inprimis, prodiderit, Germanorum veterum exemplo, infelici arbori *veste suspendatur*.

Vides igitur, non solum qui *principem* aut rempublicam, sed etiam, qui *dominum*, *consanguineos*, aut alios prodiderit, ut in periculum incurrant, *poenam capitis* subire. Sed multo magis puniendi sunt, qui cum hostibus reipublicae vel consilia communicant, vel *arcanas rationes*, suae inprimis fidei committant, ipsis *renunciant*, ut res publica ipsorum *proditione* perturbetur. Hi enim, secundum *VLPIANVM*, *perduellionis* rei sunt, l. i. §. i. D. ad leg. Iul. mai. Inprimis transfugae, & *consiliorum* nostrorum *renunciat*ores, quod *PAVLLVS* ait, aut viui exuruntur, aut furcae suspenduntur l. 38. §. i. D. de poen. aut certe, si *TARRVNTENO PATERNO* fides est, praecipue milites, *capite* plerumque puniuntur. l. 7. D. de re milit.

Igitur dubitare non possumus, fidem & silentium obstinata fide praestitum, non solum in plerisque causis *tutissimum*, sed etiam aliquando *necessarium* esse, & seuerissima lege nobis impositum, certe plerumque *innocuum* videri, & cum nullo periculo coniunctum. Imo vero ne quidem *delicti alieni*, inprimis iamtum perpetrati, sola *conscientia* quisquam facile contaminatur: ut quandoque, nisi quis testis esse iubeatur, tutius honestiusque sit, *silentio* illa regere, quorum notitia attingimur; quam, cum nota improbitatis, temere proferre, quae cum aliorum damno & iniuria coniuncta esse videamus.

Nimirum generaliter receptum est, *ne quis ex delicto alieno puniatur*.¹⁾ Ne *uxores* quidem, quamvis plerumque *consciae* facinorum, quae a maritis perpetrantur, nisi & auxiliatrices fuerint, ex maritorum culpa puniuntur. *DIOCLETIANVS* enim & *MAXIMIANVS* l. 2. C. ne uxor pro marito, praeceperunt, ne sensus poenae, quam maritus meruit, ad uxorem perueniret: quod video etiam *SEVERVM* & *ANTONINVM* itemque *VLPIANVM*, denique & *CONSTANTINVM* probavisse, l. i. C. de vi publ. & priv. l. 13. §. i. D. de donat. int. vir. & ux. eod. l. 24. C. eod.

Igitur plerumque quidem nostra non interest, ut delictum ab aliis commissum *indicemus*: sed, quod supra observauimus, *culpa est*, se immiscere negotio *ad se non pertinenti*. l. 36. D. de reg. iur. & culpa quidem tanto grauior, quanto facilius *tacere* potuisses. Secundum *NASONEM* enim,²⁾

exigua est virtus, praestare silentia rebus.

Sed haec quidem quamvis certa omnino & extra dubitationem posita videri possint, profecto tamen aliquando non minor virtus est, *dicenda renunciare* & proferre in apricam lucem. Quoties enim vel *publice*, vel aliorum

¹⁾ *GAILL.* II. obseru. cam. 36. n. 2. sqq.

²⁾ *OVIO.* de arte am. L. II. v. 603.

rum, quibus *fide* & *officio* singulari obstringimur, interest, ne *delictum futurum* & nondum perpetratum ignoretur, toties *silentium* & *conscientia delicti alieni*, eiusque occultatio & reticentia, poenam certissimam merentur. Enimuero saepe periculosum est silentium;

Euertere silentia amyclas,

quod ait *SILIVS Italicus*, ⁿ⁾ illasque in maximum periculum adduxit, quod lege cautum esset, ne aduentus hostium, illorumque consilia, ciuibus a quopiam renunciarentur. Hac enim re effectum est, ut improuiso *amy-clae* caperentur. ^{o)}

Hoc est *prodere* rempublicam, & amicos atque coniunctos deserere, si illos non admonemus, aut si *diffimulemus* illud periculum, in quo versentur, & perniciem, quae istis ab aliis paretur. Ita certe *M. TVLLIO* visum est, ^{p)} „qui, duo, ait, genera esse iniustitiae: vnum eorum, qui ini-ferant iniuriam, alterum eorum, qui ab iis, quibus infertur, *cum possint*, „*illam non propulsent*. Qui enim non defendit, nec *obsistit iniuriae*, *si potest*, „tam est in vitio, quam *si parentes aut amicos aut patriam deserat*. „

Igitur *fidem* fallit, & *proditionis* crimine polluitur, qui vel *patriae*, vel *amico*, vel *ciui*, non renunciat consilia hostium aut aduersariorum, qui perniciem aliquam & pestem machinantur. Imo vero, si *ALEXANDRVM III.* pontificem audiamus, hominem occidit, qui *cum posset liberare*, suo illum *indicio* non liberauit. c. 6. §. 3. X. de homicid. volunt.

Haec quidem nobis in mentem venerunt, cum haud ita pridem, odio *incendiariorum*, ad depellendum illud periculum, quod isti moluntur, a *potentissimo Augusto nostro*, *optimo*, *felicissimo*, *patriae parente*, lege sapientissima caueretur, ut omnes *consci*, qui non *prodiderint* incendiario-
rum consilia, ipsosque, ut conquiri possent, *indicauerint*, poena grauissi-
ma coercerentur.

His enim verbis conceptum est edictum: ^{q)} Diejenigen, welche von
dergleichen Feuer-Anlegen Nachricht bekommen, und solches nicht so fort
behörig anzeigen, noch zu Erlangung solcher ruchlosen Leute behüßlich sind,
oder wenigstens alle diensame Mittel darzu an die Hand geben, sollen, ob
sie schon an der That selbst keinen Antheil genommen, noch darbey im-
pliciret gewesen, mit harten, und, nach Befinden, empfindlichen Leibes-
Bestungs- oder Zuchthaus-Straffen angesehen werden.

Sed,

ⁿ⁾ *SILIVS* Italiens, Punic. L. VIII. v. 530. ^{o)} *SERVIVS* ad virg. Aen. X. v. 564. ^{p)} *CIC.* de offic. L. I. c. VII. al. 23. ^{q)} *Jhro Königl. Maj.* in Pohlen, als *Ehur* Fürstens zu Sachsen Mandat von gesetzmäßiger Bestrafung des vorsehlichen Feuer-Anlegens, de dato Dresden, am 16 Nov. anno 1742. §. V.

Sed, cum iam quidem non vacet, modum iusti commentarii implere, iuuabit, quasi in transcurso, & extremis digitis duntaxat, indicare, *quando conscientia criminis alieni, eiusque reticentia, poenam mereatur.*

§. II.

Ex his, quae supra disputata sunt, apparebit, si *honestatis* rationem habeamus, *non dissimulandum* esse delictum alienum, sed *indicandum*, at ue prohibendum, ne ille, in cuius caput aliquid cuditur damno aut iniuria afficiatur.

Sed quae *honestatis* sunt, fere *non semper* & simpliciter, sed *pro vi-* ^{De leuiori-} ^{bus delictis} ^{nemo facile} ^{alterum ac-} ^{cusare cogi-} ^{tur.} ^{Sed su-} ^{spicio socie-} ^{tatis ex con-} ^{scientia deli-} ^{cti alieni ple-} ^{rumque ori-} ^{tur.} ^{Recepta-} ^{rio, occulta-} ^{rio, celatio} ^{nunquam im-} ^{punit est.} *rium* nostrarum *copia*, & tunc demum, cum *sine* nostro *maiori* incommodo praestari possunt, a nobis exiguntur. Quapropter durum videri posset, etiam in *leuioribus delictis*, quae non *publicam* securitatem, sed *commodi-* ^{atque} ^{utilitatem} ^{singulorum} potius, conuellunt & perturbant, durum, inquam, *vi-* ^{delicti alieni ple-} ^{rumque ori-} ^{tur.} ^{Recepta-} ^{rio, occulta-} ^{rio, celatio} ^{nunquam im-} ^{punit est.} *deri* posset, omnibus *consciis*, quamuis *societate* facinoris non continean-
tur, *necessitatem accusandi*, aut *indicandi*, cum magno ipsorum periculo, imponere, vt singulorum emolumentis & priuato compendio consulatur. Itaque in his quidem *delictis*, quibus *singuli* laeduntur, nisi cum illis *spe-* ^{ciali} ^{vinculo} coniuncti simus, aut *exemplum* ad alios peruenturum *metua-* ^{punit est.} *tur*, aut *lege singulari* aliud constitutum sit, plerumque *remittitur* *necef-* ^{fitas} ^{accusationis}, vt *solum* quidem *silentium* & sola reticentia poenam non mereri videatur.

De his enim fere *DIVI fratres*, & *DIVVS HADRIANVS*, itemque *DIOCLETIANVS* intelligendi sunt, qui l. 19. pr. & §. 1. D. de accusat. & l. vn. C. vt nemo inuit. accus. rescripserunt, neminem accusare, aut plures reos facere, *inuitum* cogi posse. Sed hi quidem maxime de *accu-* ^{satione} ^{solenni} praeceperunt. Eadem tamen causae, ex quibus accusatio remitti solet, videntur in his talibus delictis etiam *denunciationis* & *indica-* ^{tionis} gratiam facere, ne quis inuitus ad illam compellatur. Et *laesum* quidem certe, quamuis furtum vel rapinam passus sit, etiam *CAROLVS V.* a necessitate *denunciationis* simpliciter absoluit: Ob ein Beschuldigter seine Habe, die ihm durch Diebstahl oder Raub entwendet worden, mit gutem von dem Thäter wieder zu wege brächte, darum soll er, in diesen und andern dergleichen Fällen, zu klagen wider seinen Willen, nicht genöthiget werden. Ordin. crim. art. 214. Idem video etiam *Saxonibus* olim placuisse: Ein jeglicher Mann mag wohl seinen Schaden verschweigen, und nicht klagen, diemeil Er will. 1. & R. 63.

Igitur in *priuatis* quidem delictis, non videtur *nocere conscientia* criminis, postquam necessitas accusationis remissa est extraneis, qui nullo nobis speciali vinculo tenentur. Sed noli existimare, prorsus *innocuam* esse delicti alieni *dissimulationem*. Nimirum, si natura illius criminis, cuius
Tasc. VII. D quis

quis *consciis* fuisse ostenditur, *socios* admittat, & *auxiliatores* & *opem* aliorum desideret *suspicio societatis cum facinorosis initae* in illos merito conferatur, qui, cum *consci* essent alieni facinoris, illud non indicarunt aut prohibuerunt. Illa enim omnia, quae *honestatis* ratio exigit, si a quoquam neglecta sint, facile *coniecturam facti illiciti* pariunt, & efficiunt, ut leuiiores etiam aduersus ipsum suspensiones admittamus. Plerique certe, quod M. TVLLIVS ^{r)} ait, qui quiescunt, dum aliis fit iniuria, non improbant, cum patiuntur, cum tacent, clamant, cum non prohibent, imperare etiam videntur. Praeterea non facile facinorosi cum aliis consilia conferunt, nisi quas eodem, quo ipsi, animo, esse intelligant, neque produnt aut ostendunt studium nocendi, nisi illis, quos sibi *adiutores* fore arbitrentur. Quae cum ita sint, *consci* delicti alieni plerumque *suspicionem societatis* onerantur, neque illam facile diluunt, nisi, se ex aliis innocentibus delictum alienum cognouisse, aut tempore delicti perpetrari a facinorosis seiunctos fuisse, aut illud etiam *dissuasisse*, comprobare possint. Ita certe ALEXANDRO III. pontifici visum est, qui c. 6. §. 2. X. *de homicid. volunt.* illos non carere *scrupulo*, id est, *suspicionem societatis occultae*, ait, qui manifesto facinori non obuiauerint. Sed INNOCENTIVS III. tamen diacono, qui cum consanguinei eius consilium abbatis occidendi iniissent, illud *dissuaserat*, quamvis non indicauerit, gratiam delicti fecit: cum societatis suspensionem admonitione sua declinasse videretur. c. 17. X. *de homicid. volunt.*

Ex eadem causa MAECIANVS TREBIVM GERMANVM recte censet etiam de *impubere* quodam seruo, qui, cum dominus occideretur, ad pedes domini cubuerat, sumsisse supplicium, quod ille caedem eius postea non prodidisset: ex hoc enim silentio, ait, intelligi facinoris societatem. l. 14. D. *de Scito Silaniano*. Quod video etiam IACOBVM MENOCHIVM ^{s)} obseruauisse.

Sed ita quidem de *merito silentio* habendum est, cum quis duntaxat *reticuit* delictum alienum. Ceterum, si etiam *celauerit* aut *occultauerit* facinorosos, aut in subsidiis steterit, videbitur *auxilium* & *opem* praestitisse, & ex suo delicto punietur. Agnouit hoc discrimen VLPIANVS l. 48. §. 1. D. *de furt.* & multum interesse credidit, utrum quis furem *celet*, an duntaxat *non indicet*, cum, qui furem *nouerit*, furti non omnino teneatur, sed, qui *celet*, teneatur. Hoc est, quod MARCIANVS *receptatores* perinde puniri iubet, ac latrones: cum pessimum sit genus *receptorum*, sine quibus nemo diu latere possit: quare in pari causa habendi sint, qui, cum comprehendere latrones possent, pecunia inprimis vel parte rerum surreptiarum accepta, illos dimisissent. l. 1. D. *de receptat.* Hoc etiam HONORIO

^{r)} CIC. orat. in Catilin. l. c. 8.
n. 8.

^{s)} MENOCH. de arbitr. iud. l. II. cas. 355.

& THEODOSIO placuit, ut rapina & conscientia rapinae eodem loco habeantur: cum, qui rapuit, & qui, conscius rapinae, rem raptam servauerit, pariter omnino deliquisse videantur. l. 9. C. ad leg. Iul. de vi publ. & privat. Ita etiam ALEXANDRO III. visum est, ut, qui illis, quos sciret esse sicarios, in sarcinis custodiendis ministerium praeberit, poenam meruisse censeretur. c. 6. §. 4. X. de homicid. volunt. Eandem PAVLLVS rationem secutus est, qui, l. 40. pr. D. de poen. illum, qui hostem sciens susceperit, in insulam deportandum esse, iudicavit. Praeterea, qui servos fugitivos protexerit, & occultauerit, quos sciebat, dominum suum domi occidisse, VIPIANVS, lege Cornelia de sicariis teneri, ait. l. 3. §. 12. D. de Scto Silanian. & l. 3. §. 3. D. de incend. ruin.

Extremo, apud Saxones, receptatores, inprimis, qui partem rerum raptarum furtivarumque acceperint, eadem, qua fures, poena coerceri, alio loco a nobis observatum est.

§. III.

Satis, credo, comprobatum est, *conscios delicti alieni*, ex silentio suo, *suspectos* esse de criminis societate, &, si celauerint, & occultauerint delictum, etiam *puniendos* esse: ceterum, in *privatis* delictis, quibus *singuli* laeduntur quidem, neque tamen *magno* incommodo afficiuntur, ut supra ostendimus, *consciis* aliquando igitur oscitur, si non indicauerint periculum futurum. Sed hi tamen *honestius* faciunt, qui, cum possint, iniuriam aut periculum indicent, & ab innocentibus, depellant. Ut enim quisque est vir melior, ita facilius innocentibus, quam facinorosis, etiam cum suo quodam incommodo, officium praestabit. Quapropter gradus doli, aut culpae & negligentiae a iudice inprimis aestimandus est, ut expediat, utrum *consciis* delictorum ignoscendum sit, an poena irroganda videatur.

Sed vix attinet monere, qui ex fide data obstricti sunt, ut commodam nostram augeant & amplificent *damna auertant*, daß sie Nachtheil und Schaden warnen und verhüten sollen, de silentio & conscientia delicti alieni, ex quo nobis damnum immineat, omnimodo teneri, &, si non indicauerint, poenam effugere non posse. Igitur coniuges, parentes, liberos, famulos, clientes, vigiles, custodes, nemo dubitat, ad faciendum indicium, & renuntianda aliorum consilia, quae nobis periculosa sint, obstringi. Non enim *dolo carent*, qui datum sibi negotium deserunt, &, cum in fide ipsorum conquieverimus, ab aliis nos circumveniri patiuntur.

Eo inprimis pertinent, qui *fidelitatis religione* ob feudum domino directo obligantur. Hi enim, quamvis domino servitium alias non offerre, sed sibi indictum duntaxat praebere, debeant, tamen, si *sciant*, magnum ei periculum imminere, *ultro adiutorium* suum domino praestare obstringuntur 2 F. 26. §. licet. 2. F. 28.

Ex eodem fonte derivatur, quod servi, ex SCto Silaniano, capitis sui periculo, *custodiam* domino non solum a domesticis, sed etiam ab extraneis, praestare teneantur, & secundum MARCIANVM atque VLPIANVM, si auxilium non tulerint, cum *conscii* essent, adeoque certe suo *indicio* opem ferre *potuissent*, capite mulentur. l. 1. pr. §. 18. 26. & ult. D. de SCto Silan. l. 14. D. eod. In qua specie hoc singulare est, quod, propter *fidem* in dominum, ipsi domino quandoque resistere, & si manus sibi inferre cogitet, atque in se laeuat, concurrere, aliis hoc indicare, vicinos conuocare, & quacunque ratione *possint*, prohibere illud facinus debeant: sin *conscii* dissimulauerint, & reticuerint, capite plectendi videantur. l. 1. §. 22. D. de SCto Silan.

Non multum ab hac specie recedit, quod etiam in *adulterio*, quamvis hoc *publicum* delictum sit, *conscientia* & *silentium* quorundam puniatur. Enimvero omnes *adscendentes*, qui *sciuerint* filiam vel neptem adulterio pollui, si non prohibuerint, aut indicauerint, *adulterae hereditate excluduntur*. Nou. 134. c. 10. Nuper certe ICTi Vitembergenses, matrem, quae conscia facinoris filiae, ut cum pluribus rem haberet, permiserat, ad consultationem senatus Stralsundienfis, fustigandam censuerunt, inque illa causa CAROLO V. obsecuti sunt, qui parentes ex hoc delicto non solum infames esse, sed iustis etiam poenis affici, praecepit. O. erim. art. 122. & 123. Ideoque his rationibus vti sunt: Diweil, in Ermangelung einer besondern Disposition des Eubischen Rechts, der Vorschrift der peinlichen Halsgerichts-Ordnung billig nachzugehen, in dieser aber art. 123. daß solche Kuppler, welche auch frembde Personen zur Unkeuschheit verleiten, nach Gelegenheit der Umstände mit einer Leibes-Strasse wohl belegt werden mögen, ausdrücklich enthalten, und bey dieser Bewandniß, da dergleichen Verbrechen durch keinen Umstand beschwerlicher werden kan, als wenn so gar leibliche Eltern, welchen vor ihrer Kinder zeitliche und ewige Wohlfarth zu sorgen, nach denen göttlichen und menschlichen Gesetzen, obliegt, denen Kindern dergleichen Bosheit und Vergehungen wissentlich gestatten, unter denen willkürlichen Strafen die empfindlichste billig zu erwählen &c. Sed *Saxones* quidem, constar, lenocinium illud, si lucri causa admissum sit, gladio vlcisci. Const. el. 29. P. IV.

Neque *maritus* abest a culpa lenocinii, qui, cum conscius esset adulterii, non intercessit, c. 3. X. de adult. Imo vero etiam *internuncii* poena non carebunt. l. 37. C. ad l. Iul. de adult.

Sed *iudices* imprimis, quibus hoc maxime datum est, ut omnem peccatam etiam a singulis prohibeant, si delictum, cuius *conscii* fuerunt, non prohibuerint, aut certe vindicauerint, poenam certissimam effugere non possunt. l. 3. C. de sepulch. viol. l. 8. §. 2. C. ad l. Iul. de vi publ. & priu.

Ita

Ita quidem de illis maxime delictis habendum est, quibus *singuli* praecipue laeduntur. Sed haud paullo secius fiet iudicium in quaestione delictorum, quae atrocior vocantur, & vel *exemplo* inprimis periculosa sunt, vel ipsam *republicam* euertunt.

In his enim omnes omnino *conscii*, ad indicandum periculum, quod ad plures peruenire possit, abscisse obstringuntur. Sed, ut a familia ordiamur, a qua si non tuti simus, nihil securum esset, sed in periculo perpetuo omnes versaremur, non solum *parricidae*, sed secundum *SCAEVOLAM* etiam *frater* parricidae, qui *cognouerit*, & patri non *indicauerit*, supplicio afficientur, l. 2. D. *ad leg. Pompei. de parricid.* Praeterea *MARCIANVS* atque *VLPIANVS*, omnes omnino *conscios*, etiam *extraneos*, eadem qua parricidas, poena afficiendos esse, iudicarunt. l. 6. & 7. D. *ad leg. Pompei. de parricid.* 1)

De *latronibus* etiam supra obseruatum est, quod omnes *conscii*, qui illos iudici non *indicauerint* & *obtulerint*, corporis supplicio, ex arbitrio iudicis, secundum praecepta Romanorum puniantur. l. 1. C. *de his, qui latron.* Ad eundem modum, qui *homicidium* futurum non detexerit, & cum posset, innocentem periculo non liberauerit, *homicidii* reus iudicabitur, c. 6. §. 3. X. *de homicid. volunt.* Sed quanto infidiosius & perniciosius *homicidium* paratur, tanto minus absolue di sunt, qui, cum illius delicti conscientia attingerentur, non omni humana ope obstituerant. Hoc est, quod *VALENTINIANVS* ait, omnes *maleficos*, ab omnibus, qui de his aliquid *audiuerint*, aut illos deprehenderint, tanquam generis humani hostes, ad iudicem pertrahendos esse, poena mortis in *conscios* & *occultatores* constituta. l. 9. C. *de malefic.*

Propter idem fere periculum *conscii* & *spectatores digladiationum* atque *duellorum*, aliorumque delictorum, quae cum his comparari possunt, quamuis a societate criminis alieni sint, tamen in *Saxonia* inprimis, u) si non confestim illa iudici *indicauerint*, carcere duriori, & quandoque cum *carena*, puniuntur.

In crimine autem *maiestatis* & *perduellionis* quanto maius momentum totius reipublicae vertitur, tanto rectius *conscios*, etiam *satellites*, & omnes ad quos de illa causa aliquid peruenierit, ad iudicium faciendum obstringimus, sin retinuerint, supplicio afficimus. Hoc enim ab *ARCADIO* & *HONORTIO* itemque *CONSTANTINO* constitutum est. l. 5. §. 6. & l. 3. C. *ad leg. Iul. mai.* Neque enim extimescimus diu a Baldo x) coniectas in *Bartholum*, quem ille, ob hanc sententiam, apud inferos torqueri, iudicauit. y)

D 3

Ex

1) *MENOCH.* de arbitr. iud. L. II. cas. 355.

u) Mandat wider die Selbst Rache.

§. 49. & 50.

x) *BALD.* in l. bona fides, depositi.y) *ALCIAT.* parerg.

L. VIII. c. 9.

Ex hac certe ratione *VLPIANVS*, illos, qui ex aliis causis ad mortem damnati sint, non audiendos esse, censet, si dixerint, se habere, *quod ad principem, de ipsius salute & periculo*, referrent: sed tanto magis damnandos esse, *quod rem tam magnam tam diu reticuerint*, l. 6. pr. D. de poen. Illud vero non ab omnibus obseruatum video, quod *IUSTINIANVS* hanc iustam *diuortii* causam esse existimauerit, si *uxor, conscia delicti huius, marito illud non indicauerit*. Nou. 117. c. 8. §. 1.

Extremo, qui *falsam monetam* in aedibus suis cudi intelligere potuerit, nisi confestim ad iudicem hoc detulerit, aedium dominio exiit, l. 1. C. de falsa monet. Sed haec, sufficiat, obiter duntaxat attigisse.

§. IV.

*Incendiario-
rum crimen
proxime ad
crimen lae-
sae maiesta-
tis accedit.
Huius conscii
merito pu-
niuntur.*

Supereſt, vt de incendiariis pauca obseruemus. Horum enim *crimen atrocissimum* est, sed *ambiguum*, vt modo ad hanc, modo ad illam, speciem delicti referendum esse videatur. Specialiter quidem *lege CORNELIA de sicariis* notati sunt, quorum dolo malo incendium factum erit. Quod *MARCIVS & PHILIPPVS* docuerunt. l. 1. pr. D. ad leg. Cornel. de sic. l. 11. C. de his, qui accus. non poss. Quapropter incendiarii, ex praeceptis Romanorum, *capite* plectuntur. l. 10. D. ad leg. Cornel. de sic. Sed, vt diximus, odiosissimum genus est *incendiariorum*: ideoque in simplici poena legis Corneliae veteres non subſtiterunt. *CALLISTRATVS* enim l. 28. §. 12. D. de poen. ita poenam capitis interpretatur, vt, si intra oppidum, inimicitiae aut praedae causa, incenderint, plerumque *viui exurantur*: quod video etiam *GAIUS* placuisse. l. 9. D. de incend. ruin. Sed *VLPIANVS* humiliores bestiis obiecit. l. 12. D. eod. *Germani*, *Callistratum* sequuntur. Die bößhafftigen Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden. *Ordin. crimin. Carol. art. 125.* Quod *Saxones* etiam receperunt. Apud nos enim nec aetas, nec gradus dignitatis, nec ignorantia, nec poenitentia, impedimento sunt supplicio, sed omnes incendiarii, qui decimum quartum aetatis annum attigerint, & qui ignem *dolo malo*, in oppidis aut ruri, aut vbicunque locorum, subiecerint, viui comburuntur. 2) Neque interest, orum sit incendium, an suffocatum & extinctum, sed, si ignis subiectus sit, quemcunque res exitum habuerit, supplicio locum damus. a) Enimvero etiam veteribus ita visum est, vt in illis facinoribus, quae rempublicam perturbant, maxime *voluntas*, non semper *exitus*, spectetur l. 14. D. ad l. Cornel. de sicar.

Et habet profecto rationem illa seueritas, cum non singulos duntaxat, sed vniuersos in periculum adducant, qui incendia faciunt. Neque enim dubitari potest, etiam *legis Iuliae de vi publica* reos esse, qui hoc crimine rem-

2) Nouist, mandat von vorfesslichen Feuer Anlegen, §. 1. sqq.

a) Ibid. §. 2.

republicam perturbant. Enimvero incendia cum tumultu & trepidatione publica coniuncta sunt, quod *ULPIANVS* ait, l. 1. §. 2. D. de incend. ruin. Ideoque *MARCIANVS*, illum certe, qui coetu, concursu, turba, seditione incendium fecerit, lege *IULIA* teneri docet. l. 5. D. ad leg. Iul. de vi publ. & generaliter, qui aliquem armis de possessione dei citi vim facere videtur. l. 3. §. 6. D. eod. Sed armati videntur, non solum qui tela, sed etiam qui aliud quid habent, quod nocere possit. l. 9. D. eod. ut non possit esse ambiguum, illum, qui ignem aedibus subiecit, cum armis vim fecisse.

Ne tamen quis existimet, vim duntaxat fieri incendio, observandum est, parum a crimine maiestatis incendiarios abesse. Quicunque enim adversus securitatem omnium aliquid, dolo malo, moluntur, pro hostibus habentur, & lege *Iulia maiestatis* obligantur. l. 1. §. 1. D. ad leg. Iul. mai. Itaque, quisquis cum incendiariis conspiraverit, aut illorum consilia texerit & reticuerit, eum hostibus reipublicae conspirasse iudicabitur. l. 3. & 4. D. eod.

§. V.

Vides igitur, quando conscii delicti alieni, ob silentium, & negligentiam, qua rempublicam in periculum inducunt, teneantur. Sed hi quidem una duntaxat ratione excusantur, si, cum scirent, nec prohibere, nec indicare potuerunt. Culpa enim caret, quod *PAVLLVS* ait, qui sciunt, sed prohibere non possunt. l. 50. D. de reg. iur. *ULPIANVS* quidem certe etiam servos excusandos esse, ait, qui cum dominus occideretur, ita clausi fuerunt sine dolo malo, ut erumpere & domino succurrere, aut facinorosos comprehendere, non possent. l. 3. §. 6. D. de Scit. Silan. Sed hi tamen postea facinus, si atrocius fuerit, indicare, & reos deferre tenebuntur. l. 14. D. eod. Neque tamen audiendas erit, qui, cum sciret facinus, & posset indicare, ipse sibi metum aliquem fingit, illoque se, ne indicaret, deterritum esse, committitur. Haud ita pridem *Acti Vitembergenses* incendiarum ultimo supplicio afficiendam iudicarunt, quae ineptissimis minis se coactam & obusam esse, iactitabat. His enim rationibus utebantur: Ob wohl inquisiten, daß sie anfänglich mit N. N. nach N. zu gehen sich verweigert, und von diesem, durch allerhand Bedrohungen, darzu genöthiget worden, zu ihrer Entschuldigung vorwendet:

D. a. d. dieselbige keine andere Drohungen, dadurch sie zu dieser Missethat gezwungen worden, als daß N. N. bey ihrer anfänglichen Verweigerung, welchergestalt Er, wenn Sie nicht wolle, die Schenke selbst ansetzen werde, sich heraus gelassen, in ihrer Aussage auf die Inquisitional-
Articul anzugeben weiß, folglich der Inquisiten, solches straffbare Vorhaben der Obrigkeit anzuzeigen freygestanden und obgelegen, daher aus ih-

rem eigenen Bekenntniß, daß sie ohne den geringsten Zwang darein gewilliget, offenbar erhellet etc. So ist dem vorigen Urtheil billig nachzugehen. Praeterea cognati & affines proximi, qui, quamvis conscientia criminis a quodam suorum suscipiendi attingerentur, tamen illud indicare non ausi sunt, non quidem absoluntur, propter exemplum, sed minus tamen puniuntur. Ita certe PAVLLVS de illo, qui latronem cognatum vel affinem conseruauerat, iudicandum esse censuit. l. 2. D. de receptat. DIOCLETIANVS etiam illi, qui in domo facinorosi educatus fuerat, peperit. l. 17. C. de his, qui accus. non pos. quod nonnulli interpretes de omnibus, qui etiam in ciuili caussa ad dicendum testimonium inuiti non compelluntur, acceperunt. Sed in atrocissimis criminibus, vt in parricidio, perduellione, incendio cognatis parcere non ausim. SCAEVOLA enim etiam fratrem parricidii conscium, qui illud non indicauerat, supplicio afficiendum censuit. l. 2. D. de lege Pompei. de parricid. Et profecto debet nobis commendatior esse vniuersorum salus & publica securitas, quam caritas omnium rerum humanarum.



IV.

DE LEGATO TACITO ET IMPLICITO

IN QVO

LEGATARIVS NON NOMINATVS EST.

AD L. III. IV. V. D. DE LIBERAT. LEGAT.

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. MDCCXXXII.

§. I.

Beneficii nostri fructus collocantur. Non minus diligenter beneficia, quam pecuniae, a viro sapiente ad quam plerumque, per opportunitates improuisas, etiam cum foenore recuperamus: rimos peruenire debet. illa, si immerentibus a nobis tribuantur, confestim proiecta sunt, & prorsus deperdita videntur. Ex agro enim pestilenti & maligno non solum gratia non reddetur, sed pro gratia etiam subinde iniuriam metemus.

Quae

Quae cum ita sint, sapienter M. TULLIVS, ^{a)} itemque L. ANNAEVS ^{b)} loquuntur, ^{c)} *delectum* quendam meritorum cum cura maxima habendum esse, ut sciamus, in quem beneficia dignissime a nobis conferantur. ^{quorum contemplatione illud relictum est,}

Sed in illo *delectu*, opportune M. TULLIVS ^{c)} obseruat, inprimis prospiciendum esse, ut *fructus* nostrae benevolentiae ad quam plurimos perveniat, & latissime dimanet, & si fieri hoc possit, *profluat ad uniuersos*. ^{quamuis non sine nominati.} Hunc enim modum etiam natura plerumque sequitur, ut solem omnibus accendat, & iisdem imbribus, non agros singulos, sed *uniuersitatem* quandam agrorum confinium, quasi *communi beneficio*, foecundet.

Quare, dum collocamus beneficia, *duo* inprimis cogitamus: primo, *ne quid in indignum conferatur*: deinde, postquam *elegimus*, quibus a nobis consulendum esse videatur, dare operam solemus, ut nostrum beneficium *quam plurimis prodesse possit*, & cum fructu vberissimo percipiatur.

Sed viramque illam hominum beneficiorum sollicitudinem diligentissime subleuandam esse censuerunt veteres magistri artis nostrae, in illis maxime *beneficiis* interpretandis, quae in *suprema voluntate* a testatore relinquuntur.

In legatis enim *prima* inspectio est, quem *elegerit*, & de quo *senserit* testator, ut *petitio* legati, quod *VLPIANVS* ait, non facile cuiquam, nisi *cuius contemplatione* illud relictum sit, & cui *honorem habere* voluerit defunctus, concedatur. l. 11. §. 20. 21. 22. D. de leg. 3. Quare, secundum *IULIANVM*, ne *correus* quidem debendi liberabitur, si mihi duntaxat testator consuli voluerit, & mihi soli debitum iusserit remitti: ideoque, in illa specie, *pacto*, non *acceptilatione*, liberandus est debitor, ne etiam *correus* dimittatur, de quo appareat testatorem non sensisse. l. 3. §. 3. D. de liberat. leg. Imo vero, si quis *patri* duntaxat prospectum voluerit, ne *filio* quidem proderit legatum: ut testatoris electioni & iudicio obtemperemus. l. 5. §. 2. D. de liberat. leg.

Habes *primam* testatorum prouidentiam, cui *interpretes* diligenter obsecuti sunt, ne legatum ad alios perveniat, quam quos ipsi *elegerint*, & quos ornare suo beneficio *voluerint* in *suprema voluntate*. Superest, ut de *altera* testatorum cura videamus, qua dant operam, ut *fructus plenissimus* suae liberalitatis ad quam plurimos, de quibus ipsi *senserint*, & quos suo beneficio dignos iudicauerint, ex legato deriuetur. Neque vero hanc officii partem *ICti* neglexerunt. Placuit enim, quod *IULIANVS* & *MARCELLVS*, & *VLPIANVS* docuerunt, si de *pluribus* *senserit*, & *pluribus* *honorem habere* voluerit testator, quamuis *unum* sit legatum, tamen *plures* ad legati *per-*

a) c. 1. c. I. de offic. c. XV. v. 147.

b) *SENECA*. de benef. L. IV. c. 28.

c) c. 1. c.

ff. c. 18. v. 63.

persecutionem admitti, quoties appareat, quod *pluribus consulere* cogitauerit defunctus. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Qua re efficitur, ut interdum non ille duntaxat, *cuius nomen* in testamento scriptum est, sed etiam alius, qui non est nominatus in tabulis supremæ voluntatis, pro legatario habendus sit, & petere legatum possit, si eius contemplatione legatum reliquerit testator. l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. Hoc iure imprimis utimur, si vel socio, vel debitori principali, liberatio debiti relicta sit: ut & alter socius, cuius nomen non scriptum est in testamento, & fideiussor, obligatione liberentur atque ad petitionem legati admittantur, si illorum contemplatione relictum sit legatum. l. 3. §. 4. & l. 5. D. de liberat. leg. Immo vero, si quis id, quod ego debeam, creditori meo legauerit, quamvis mihi legatum non adscriptum sit, tamen admittar ad petitionem legati, & heredes compellere potero, ut, quod ego debeam, exsoluant creditori meo, ex legato: cum mihi consulere voluerit testator. Ita enim IULIANVS, POMPONIVS, & MARCELLVS, tradiderunt. l. 3. §. 5. & l. 4. D. de liberat. leg.

Sed hoc quidem genus legati non incommode *tacitum & implicitum* dicemus, quod iste, cui legatum non adscriptum, sed cuius contemplatione, & in cuius honorem illud relictum est, petere ab herede potest, quasi nominatim ipsi adscriptum sit legatum. Sed videmur operæ pretium facturi, si de illo argumento diligentius tractemus.

§. II.

Quid tacitum, implicitum, & non expressum, appelletur. Sed primo quidem, ne quem forte offendar, quod legatum illud, in quo legatarius non nominatus est, *implicitum & tacitum legatum* appellemus, exponendum est, quid Ictis *tacitum & implicitum* dicatur. Quamvis enim non dissimulem, in legibus Romanis nunquam fere hoc legatum, in quo legatarius non nominatus est, nomine speciali designari, aut legatum *tacitum & implicitum* ab interpretibus iuris appellari, tamen rem ipsam, ut supra observatum est, IULIANVS, POMPONIVS, MARCELLVS, VLPPIANVS, l. 11. §. 20. sq. D. de leg. 3. l. 3. §. 4. & 5. l. 4. & 5. D. de liberat. legat. tradiderunt: & deinceps apparebit, huic speciei nomen legati *taciti & impliciti* imprimis convenire.

Expressa non suspecta Nimirum, ut de *taciti* appellatione ordiamur, non ignoro, interdum esse illa negotia, quæ a Ictis *tacita* dicuntur. Hoc sensu apud MARCELLVM & GAIVM, & MODESTINVM, & IULIANVM, itemque VLPPIANVM, aliosque passim, *tacitum fideicommissum* appellatur, quod *tacita fide*, extra testamentum, in fraudem legis, incapacibus, clanculum relinquitur, dum fiduciarius, chirographo, aut domestica cautione, aut nuda etiam promissione, aut alia quacunque ratione, ad rem tertio, cui aliquid relinquere legibus prohibitum fuerit, restituendam testatori se obstringit.

l. 103. D. de leg. 1. l. 123. §. 1. D. eod. l. 10. D. de his, quae ut indign. l. 46. D. de hered. petit. l. 13. & l. 59. §. 1. D. ad l. Falcid. l. 17. §. 2 D. de usur. a) Sed haec talia in solis fere servis, & filiis familias, quibus a domino aut parente praestandi *taciti fideicommissi* necessitas imponebatur, tantisper tolerata sunt, sed in ceteris, quia in *fraudem legis* relictæ erant, animaduersione potius digna iudicata sunt, & fisco vindicata.

Non procul ab hac specie abest *tacita pactio*, quam & ipsam *TRYPHO-
NINVS* ait in fraudem edicti interponi l. 50. §. 2. D. de bon. libert.

In his igitur & similibus quibusdam speciebus *tacitum* videtur, quod *clanculum* & *quasi per insidias* administratur, ut finem legis callida & occulta machinatione circumueniamus. Sed cum his quidem nihil commune habet *legatum tacitum*, quod *bona fide* relinquitur, & plenissimum est *favoris*, & interpretatione etiam in illos porrigitur, *qui non nominati sunt in testamento*.

Enimuero obseruandum est, non omnia, quae *tacita* dicuntur, etiam *suspecta* & *improba* videri, quamuis possint aliquando, si quid aliud accedat, parere omnino aliquam suspicionem. Nimirum illa etiam negotia, quae *absque solennitatibus*, & *priuatum*, remotis arbitris subinde contrahuntur, *tacita* quandoque appellamus. Hoc sensu *SCAEVOLA* l. 47. §. 1. D. de pactis, *pecuniam tacitam*, apud creditorem esse dixit, quae *nulla solenni cautione sit munita*.

Ita *M. TVLLIUS CICERO*, apud *A. GELLIVM* e) cum domum in palatio emere vellet, & pecuniam praesentem non haberet, mutuam *tacite*, id est *clanculum*, sine cautione, a *P. Sylla*, qui tum reus agebatur, accepisse fertur: ne quis intelligeret, se pecuniam a reo accepisse.

Non alia fere significatione veteres *tacita senatus consulta* appellabant, quae in magnis necessitatibus, ne quid tempore non opportuno aliis renunciari posset, *remotis omnibus*, etiam scribis & servis publicis & censualibus exclusis, a solo senatu fieri solebant, *absque publica ceremonia*, qua in negotiis publicis administrandis utebantur. *IULIUS CAPITOLINVS* f) quidem in vita *GORDIANI senioris*, exemplum *Sciti taciti* seruauit, quod aduersus Maximinum, cum diligentissima cautione, factum, sed confestim quidem Maximino proditum & transmissum est, priusquam fere discederet senatus. Et quo loco intelligitur, & qua de causa, & qua circumspectione facta sint quandoque *tacita senatus consulta*.

Vides, *tacitum* subinde dici, quod remotis arbitris & solennitatibus omissis administratum est, sine nota fraudis & improbitatis. At vero ne cum

E 2

his

d) *BARNAB. BRISSON.* de form. L. VII. c. CXLVII. p. 638. Praeses, de fideicom-
misso utili, §. 3. p. 20. sqq. e) *GELL. noct. Attic.* L. XII. c. 12. f) *CA-
PITOLIN.* in Gordianis c. 3. & 4.

his quidem speciebus confundendum est *legatum tacitum*, in quo legatarius non nominatus est. Hoc enim solenniter relinqui solet & aperte, quamvis eius nomini non adscriptum sit *legatum*, cuius contemplatione illud relinquitur a testatore.

Sed porro admonendum est, *tacitum* plerumque dici, quod non verbis, sed quocunque indicio voluntatis, declaratur. Hoc enim sensu PAPINIANVS cautionem legatorum *tacite*, in est, quocunque indicio voluntatis, remitti posse, ait, l. 77. § 3. D. de condit. & demonstr.

Sed illud maxime indicium voluntatis luculentum esse dicimus, si quid vel dicatur a quoquam vel agatur, quod necessario cohaereat cum alio, quod *tacite* subintelligatur. Haec enim talia dicuntur, *tacite inesse*, & reipsa contineri. Ita secundum POMPONIVM inest aliquando conditio legatis, si id, quod relictum est, pendeat a tacita conditione. l. 1. § 3. D. de condit. & demonstr. Si enim fructus fundi cuiuspiam legentur, inest conditio tacita, si fructus aliqui nascantur. d. l. 1. § 3. Eodem sensu MARCELLVS illud inesse ait, quod, quamvis non expressum esset, ex ipsa re omnino intelligeretur. l. 47. D. de condit. & demonstrat. Ad eundem modum MODESTINVS *tacite*, ait, intelligi, quae ex ipso negotio descendant, quamvis nominatim non exprimantur in suprema voluntate. l. 52. D. eod. Eodem fere sensu PAVLEVVS, si quis Romae promittat, alio in loco pecuniam soluere, *tacite tempus comprehendere* ait, quo perueniri in illum locum possit, ubi pecunia solvatur. Haec enim stipulatio, quamvis pura sit, ex reipsa accipit dilationem. l. 73. pr. D. de verb. oblig. Et has quidem condiciones *tacitas* PAPINIANVS, l. 99. D. de condit. & demonstrat. extrinsecus, non ex testamento aut stipulatione, venire, id est, ex re ipsa & natura negotii descendere, ostendit, cum *tacite inesse* videantur. Eadem fere forma aliquando POMPONIVS reipsa agi quaedam, ait, & intelligi, quae, quamvis non speciatim *cauta* & promissa sint, ipso tamen negotio contineantur. l. 3. D. de reb. cred. Plerumque enim, quod agitur, id est, quod *tacite* intelligitur & cum negotio naturaliter cohaeret quamvis non expressum sit, pro *cauto* & promisso est habendum. d. l. 3. D. de reb. cred. Sed PAVLEVVS quidem haec, quae *tacite ex ipsa natura negotii deducta* sunt, per consequentias intelligenda esse, ait, etiamsi verbis non exprimerentur. l. 29. D. de liberat. legat.

Igitur, frequentatissima loquendi figura, *tacitum* dicimus, quod subintelligitur, quod facto aut dicto alterius inest, quod ex ipsa re nascitur, quod naturaliter cum dicto aut facto quodam cohaeret, quod per consequentias ex dicto aut facto cuiusquam elicitur interpretatione, quod ita cum altero coniunctum & conglutinatum est, ut non possit non ille, qui aliquid dixerit aut fecerit, etiam de illo, quod *tacite* continetur cogitare. Ita

cum

cum *fine media unica & essentialia naturaliter* cohaerent, ut qui ad finem illum adspirauerit, & finem quaesierit, etiam de mediis omnino cogitasse & sensisse videatur. Ita qui seruum proprium instituit heredem, *tacite* seruo libertatem directam dedisse intelligitur, quod *ARTILICINVS & PAVLLVS & IVSTINIANVS* obseruauerunt, l. 5. C. de *necessar. hered. instituen.* pr. i. de *hered. instit.* cum non possit seruus, nisi data libertate, ad hereditatem peruenire.

Eodem modo ex *caussis effectus essentialis & necessarios, ex effectibus causas, ex mediis essentialibus & vnicis, fines* necessario connexos & proprios, elicimus interpretatione.

Quae cum ita sint, non incommode *legatum tacitum* dicemus, quod *legatario* quidem, ad quem testatoris beneficium peruenire debet, non adscriptum, *sed in quo tamen aliud quid constitutum est, ex quo appareat, testatorem legatum, contemplatione eius, cui illud non adscripsit, reliquisse.* Ita, qui *creditori* meo, quod ego *isti debeam*, legauerit, mihi videtur *legatum reliquisse*: ideoque petere possum ab herede testatoris, ut soluat *creditori* meo, meque liberet ab obligatione. Hoc enim & *IULIANVS*, & *MARCELLVS*, probauerunt. l. 3. §. 5. D. de *liberat. legat.* Idem fere dicendum est, si quis *reo liberationem* legauerit, pro quo ego *fideiusserim*: plerumque enim etiam *fideiussori* testator *tacite* videtur *legasse liberationem*. Neque enim non potuit testator de *fideiussore* etiam, quem pro reo interuenisse scierit, sensisse; cum non possit reus liberari efficaciter & cum fructu, nisi & *fideiussor* liberetur: qui, si heres ipsum soluere compelleret, solutum plerumque posset repetere a debitore mandati aut negotiorum gestorum actione. Ita enim *IULIANVS* respondet, l. 5. D. de *liberat. leg.* Item, si heres publicum, id est, *vectigal, & tributa*, pro me soluere iussus sit, quamuis mihi directe testator non adscripserit legatum, tamen expeditum est, ipsum non publicano, aut fisco, aut reipublicae, sed mihi, ut a publicano & fisco & reipublica liberer, *tacite* beneficium legasse. Itaque, secundum *VLPIANVM*, mihi inprimis actio dabitur ex testamento, ut heres pro me soluat *vectigal & tributa*, l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.* Sed de his quidem speciebus, deinceps locus erit disputandi.

Discederem igitur ab hoc loco, nisi mereretur obseruari, *tacita* subinde, *forma negante*, a *ICtis* etiam *non expressa* appellari. Sed plus intelligitur, cum *non expressa* appellamus. Haec enim non solum *non expressa* sunt, sed etiam *tacite subintelliguntur, quasi verbis expressa essent.* De his senserunt *MODESTINVS, MARCELLVS, POMPONIVS*, in notissima iuris regula: *quaedam expressa nocere, quae non expressa non nocerent*, l. 195. D. de *reg. iur.* l. 47. & 52. D. de *condit. & demonstrat.* l. 68. de *hered. instit.* Hoc enim, cum vulgo male intelligatur, ita accipiendum est; *quaedam non expressa, quae tacite intelliguntur, & ex speciali natura*

negotii liciti descendunt, non nocere, quae si *expressa & generaliter*, sine restrictione, constituta essent, omnino nocere, & prohibita videri pollent. Quod habet rationem, cum possint quaedam negotia, si cum aliis coniungantur, *utilia esse*, & vim aliquam nancisci, quae si *nuda & in se* duntaxat spectarentur, *inepta & ridicula* haberi possent. Res fiet clarior exemplo, quo POMPONIUS utitur in illo argumento, l. 68. D. de *hered. instit.* Nimirum, oppido *ineptum* esset, heredis institutionem generaliter a voluntate *tertii* suspendere: ut si quis dixerit: Caius heres esto, si Titius voluerit. Haec enim formula ostenderet, testatorem non serio hereditatem Caio reliquisse, aut certe sibi non satis constitisse in illa declaratione voluntatis. Igitur haec *expressa nocerent*, & vitiarent institutionem, si heredis institutio simpliciter in Titii voluntatem conferretur: cum nominatio heredum debeat a certa & deliberata voluntate testatoris proficisci. Sed facilius toleratur illa incertitudo, si res, per modum conditionis specialis, a facto quodam Titii, quod & ipsum puidem in eius voluntate positum est, sed facilius tamen sperari potest, suspendatur. Ex. gr. cum dixerit testator, Caius heres esto, si Titius uxorem duxerit, aut Capitolium adscenderit. Quamvis enim hoc etiam a voluntate Titii pendeat, institutio valebit. Nam res quidem, confertur in voluntatem Titii, & tacite subintelligitur conditio, si Titius volet Capitolium adscendere, & te heredem facere; sed, quia facile sperari potest, Titium in illa re heredi obsecuturum esse, *tacita illa & non expressa conditio voluntatis alienae heredi non nocebit.* d. l. 68. de *hered. instit.*

Apparet igitur, *tacitum & non expressum* plerumque quidem subintelligi, sed interdum tamen aliam vim habere, quam si voluntas testatoris verbis *expressa* esset. Imprimis uero observandum est, quod si quis illa, *tacite subintelligi*, possent, verbis luculentis *expresserit*, plerumque *plus dicere voluerit*, quam tacite subintelligeretur. Cum enim nemo frustra aliquid vel facere vel omnino dicere credatur, naturalis interpretatio est, *verba expressa*, quae alias *subintelligi* possent, vim plenioram nancisci, quam si *tacite* duntaxat alia oratione fuissent comprehensa. Hoc sensu vero dicitur, *expressa* aliquando, quod GAIUS ait, *plus valere, quam non expressa*, l. 65. §. 1. D. de leg. 1. Ut ecce: si quis mihi fundum leget sub conditione, si voluero, videtur quidem aliquid adiecisse, quod etiam *non expressum subintelligeretur*: cum nemini fere beneficium aut legatum invito obtrudatur. Sed, quia testator *expresse* hoc adiecit, ut fundum habeam, si voluerim, videtur voluntatis declarationem luculentam & *expressam*, quae alias non esset necessaria, desiderasse. Igitur non transmittetur hoc legatum ad heredes meos, nisi ipse vivus declaraverim voluntatem legatum acquirendi. d. l. 65. §. 1. D. de leg. 1.

Habes igitur causam idoneam cur illud legatum *tacitum* appellemus, in quo persona legatarii non quidem nominata est, sed tamen *subintelligitur*

tur, si ex natura legati cognoscatur, cui testator prospicere, & honorem habere voluerit, & cuius contemplatione reliquerit legatum.

Superest, ut de legati *impliciti* appellatione aliquid adiiciamus. Videlicet *implicitum* iuris interpretes appellant, quod ita cum altero coniunctum & connexum est, ut penitus cohaereat, nisi diligenter se aretur. Ita, secundum SCAEVOLAM, creditor & debitor, priusquam accepta & expensa computauerint & separauerint, dicuntur *rationem implicitam* habere, id est, confusam & cohaerentem, quae separatione indigere videatur. l. 47. §. 1. D. de pact. Eodem fere sensu PAVLLVS in seruo statu libero, cui libertas destinata esset, *implicitum* esse casum libertatis, ait, id est, libertatis spem ita ipsi cohaerere, ut ipsi eripi propemodum non possit. Igitur legatum *implicitum* dicimus, quod ita cum verbis testatoris cohaeret, ut non possit dubitari, quin de illo etiam senserit testator.

§. III.

Ut igitur ex diuerticulo in viam redeamus, dubitari non potest, legatum tacitum & implicitum etiam ad tertium pertinere, cui non adscriptum est legatum, modo appareat, quod eius contemplatione illud reliquerit testator. Aperte enim VLPIANVS, l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. verum est, inquit, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, sed eum quoque, qui non est scriptus, si & eius contemplatione legatum relictum sit.

Neque enim disputatione indiget, legatarium cui nihil adscriptum est testamento, sed in cuius honorem legatum a testatore relictum est, agere ex testamento posse, ac si nominatim ipsi legatum sit relictum. Res facile intelligitur ab exemplo. Faciamus enim, testatorem praecepisse, ut heres creditori meo, quod ipse debet mihi, exsoluat. IULIANVS & MARCELLVS non dubitant, quin utrique simus legatarii: & debitor, qui liberatur debiti solutione, & creditor, cui exsoluendum est debitum, cuius interdum interest, ut ipsi ab herede potius solvatur. l. 3. §. 5. D. de liberat. leg. Verum POMPONIUS ibi non subsistit, sed, utrumque etiam agere aduersus heredem posse, ait, ut debitum solvatur. l. 5. D. eod. Idem fere VLPIANVS in specie non absimili probavit. Proponit enim: CARIUM legauisse, ut heres publicum, id est, vectigal & tributa, quae Titius debuerit, exsoluat publicano. Dubitatur, cui legati petitio, seu actio ex testamento, concedenda videatur. Et publicano quidem adscriptum est legatum: sed, quia eius non interest, a quo tributa exsolvantur, nec probabile videtur, testatorem publicano honorem habere voluisse, plerumque publicano negabitur petitio legati. Igitur de Titio, pro quo tributa exsoluenda sunt, dispiciamus. Sed huic quidem obstat, quod ipsi non adscriptum sit legatum. Respondit VLPIANVS:

Titio

Titio petitionem legari competere, *pro quo*, id est, in cuius gratiam & honorem, relictum sit legatum. Sed addit, generaliter videndum esse, *cui prospectum voluerit* testator, & *cuius contemplatione* reliquerit legatum. l. 11. §. 22. D. de leg. 3. Eadem dicenda erunt, si testator mihi, quod ipse *sub fideiussore* debuit, legavit: fideiussor enim, de quo testator non cogitare non potuit, *tacite* legato continetur. Igitur & *agere* potest fideiussor, ut heres debitum exsoluat. l. 49. §. 4. D. de leg. 1. Item, si fideiussor leget creditori, quod Titius debeat, pro quo ipse fideiussit: quamvis Titio legatum non adscriptum sit, tamen Titius habebit *ex testamento actionem*, ut creditori debitum ab herede fideiussoris exsoluatur. Hoc enim video IULIANO placuisse. l. 49. §. 6. D. de leg. 1.

Apparet igitur, perinde illi, cui *tacite* quid relictum sit, actionem ex testamento dari, ac si *nominatim* ipsi aliquid adscriptum esset: & eadem remedia *legato tacito* atque *implicito* accommodari, quae ex legato expresse competunt, aduersus illos, qui onerati sunt legato.

Ex eodem fonte deducitur, quod etiam *legem Falcidiam* ille pari debeat, qui agit ex *tacito* legato, quod ipsi nominatim non adscriptum est. Neque enim dubitari potest, quin ad illum hoc onus pertineat, ad quem commodum praecipuum spectabit ex legato. Itaque dicemus, si heres pro Titio soluere creditori eius iubeatur, Titium cui hoc legatum nominatim non adscriptum est, *agere* ex testamento quidem posse, sed heredem quartam Falcidiam, si illam non omnino saluam habeat, retinere posse. Hoc enim PAVLLVS & PAPINIANVS docuerunt. l. 13. pr. & l. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. Eadem dicemus si *creditor* Titii agat ex legato: nam & ipsi quarta detrahetur, quam a debitore postea recuperabit. Non multo secius iudicabimus, si *reo* liberatio relicta sit, & *fideiussor* agat, ad liberationem consequendam. Nam & fideiussor patietur Falcidiam, id est, quidquid propter Falcidiam, heredi creditoris adhuc debebitur, exsoluet, sed, quod exsoluit, actione mandati aut negotiorum gestorum repetet a debitore. Si uterque agant, manifestum est, cum *unum* sit legatum, *quartam* non nisi semel detrahendam esse.

Inprimis igitur desiderabimus, si quis *agere* voluerit ex *tacito* legato, ut appareat, ipsi testatorem *prospicere*, & *honorem habere* voluisse, eiusque *contemplatione* legatum reliquisse. Ceterum, si *tertio* cuiquam illud *profit* duntaxat, quod alteri legatum sit, sed testator de ipso non *senserit*, dicemus, illum non esse legatarium, adeoque a petitione legari repellendum esse.

Enimvero recte MARCELLVS observauit, quod plerumque eueniat, *multorum interesse & multis prodesse* illud, quod vni relictum est: sed *testatorem vni honorem habere voluisse*. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Sed aper-

te *VLP*IANVS docet, *multum interesse, cui prospectum voluerit testator, & cuius contemplatione* legatum sit relictum: ideoque si heres publicano *ve-*tigalia *pro Titio* soluere iussus sit in testamento, tamen publicanum *repelli* a petitione: plerumque enim, ait, intelligendum esse, quod *debitoris* causa hoc reliquerit testator, *quamuis emolumentum etiam perueniat ad publica-*num. l. 11. §. 22. D. de leg. 3.

Igitur apparet, *non omnes illos, ad quos emolumentum aliquod ex le-*gato *perueniat, pro legatariis habendos* esse, neque omnes illos ad peti-
tionem legati admittendos, sed hos duntaxat, *quibus prospectum voluerit* testator. Hoc enim *VLP*IANVS etiam alio loco, l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. tradidit, ut non confestim ille, *ad quem commodum* aliquod *perueniat* ex testamento, pro legatario accipiatur, sed tunc demum, si *eius contem-*platione aliquid fuerit relictum.

Nimirum, quod *L. ANNAEVS SENECA* obseruat, *h)* interdum *qui-*busdam, etiam *immerentibus*, damus beneficium: sed non *propter ipsos* *immerentes*, verum, quia haec est natura quorundam beneficiorum: *ut sepa-*rari *immerentes a bene meritis* non possint. „Dii etiam immortales multa „*ingratis* tribuunt, sed non tam *propter ipsos*, sed quoniam illa bona pa-
„*rauerant*. *Contingunt* autem *etiam malis*, quia *separari commode non pos-*„*sunt*. Satius autem est, *prodesse malis propter bonos*, quam bonis deesse
„*propter malos*. Itaque *diem, solem, umbras, fontium haustus, vento-*„*rum statos flatus, pro vniuersis comparauerunt*: singulos excerpere nolue-
„*runt*. *Nec enim poterat fieri, ut idem ventus bonis viris secundus, impro-*„*bis contrarius esset.*„

Igitur, ut Deus quaedam *in vniuersum* humano generi dedit, a qui-
bus nemo excluditur, quia improbi non poterant commode excludi; ita te-
statores quibusdam interdum emolumentum aliquod pariunt legato, sed non
propter ipsos, verum, quod his, quibus consulere volebant, alia conditio-
ne beneficium dare non poterant, nisi quaedam *utilitas* etiam ad alios imme-
rentes ex illo perueniret.

Sed, hi quidem, *quibus noluit testator prospicere*, quamuis commo-
dum ex legato illis adquiratur, *non sunt legatarii*, adeoque ad petitionem
legati nunquam admittuntur.

Enimvero, opportune *IULIANVS* monet, inspiciendum esse, *quid*
voluerit testator, & quae mens eius fuisse videatur, dum relinqueret lega-
tum l. 5. §. 4. D. de liberat. leg. Interdum enim manifestum est, quod de
altero non senserit testator, quamuis ad illum aliquod commodum perueniat
ex testamento. Ut ecce: si quis *marito* usum aedium legauerit: *GELSYS*,

&

h) *SENEC.* de benef. IV. c. 33. & c. 28.

& TVERO, & VLPIANVS quidem non dubitant, maritum *non solum* ibi habitare posse, sed etiam cum *uxore*, cum *liberis*, cum *libertis*, cum *familia vniuersa*, &, quod PAVLLVS addit, etiam cum *clientibus* subinde, l. 2. §. 1. & l. 3. D. de *usu & habit.* Sed, quis credat, testatorem etiam uxori eius, & liberis, & libertis & clientibus *honorem habere voluisse*. Igitur his quidem *proderit* legatum, sed ipsi *non sunt legatarii*, neque ad petitionem legati admittentur, sed is duntaxat, cui *usus aedium* relictus est a testatore. Quare conuenienter VLPIANVS l. 4. pr. D. de *usu & habit.* uxorem & liberos *ius habitandi non habere*, ait, nisi maritus ibi habitauerit, cui *usus aedium* fuerit, relictus. Res est luculentior *in vidua*, vel *virgine*, cui testator *usum aedium* reliquit. Haec enim nuptus postea contractis, secundum POMPONIVM, etiam *cum viro & socero* ibi habitabit, quamuis de his non cogitare potuerit testator. l. 4. §. 1. D. de *usu & habit.*

Quae cum ita sint, ut adhuc comprobatum est, quo imprimis observanda sunt, si de *legato tacito* quaeratur: & primo quidem, *ut eius intersit*, cui *tacite* legatum a testatore relictum esse videatur. Hoc enim IULIANVS atque VLPIANVS docuerunt. l. 49. §. 4. & 6. D. de *leg. 1.* Sed deinde imprimis exquirendum est, *cuius contemplatione* relictum sit legatum. Aperte enim SEVERVS & ANTONINVS docent, si non appareat, *cuius respectu* aliquid dispositum fuerit in testamento, nullius esse momenti scripturam, sed quasi nudum & superuacuum praeceptum a testatore relictum merito conteri. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.* Igitur hunc demum ad petitionem, *cui prospectum voluerit testator*. l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.*

Quare dicendum est, *legatum tacitum* quidem intelligi non posse, nisi *intersit legatarii*, qui non est nominatus; sed *non omnes illos*, quorum *intersit*, & qui *commodum capiant ex legato*, *legatum tacitum habere*, & pro legatariis habendos esse.

Neque vero haec sine fructu a nobis observata sunt. Multum enim refert, *utrum quis sit legatarius*, an *commodum duntaxat capiat* ex legato alieno. Enimuero, *cuius contemplatione* legatum relictum est, quamuis ipsi non adscriptum sit legatum, *petere legatum potest*, etiam *mortuo illo*, cui legatum adscripserit testator. Ipse enim pro legatario habetur, cui per mortem alterius non eripitur legatum. Ut ecce: si creditori meo legatum sit a testatore, quod ego illi debeam, quamuis *mortuo creditore*, *petere* ab heredibus testatoris poterō, ut solvant debitum heredi creditoris: quia mihi maxime relictum est legatum. Contra, si *de me* testator *non cogitauerit*, quamuis commodum ad me perueniat, agere non possum, legatario defuncto, aut repudiante, quod ipsi est relictum. Neque enim *uxor* poterit *usum aedium* petere, si maritus vel decesserit, vel auersatus fuerit *usum aedium*, qui ipsi est relictus.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare, vtrum & *mortis causa capio* pro *tacito legato* commode accipiat. Enimuero, secundum *GAIVM* *mortis causa capere* videntur, quibus, *propter mortem alterius*, alicuius rei capiendae *ocasio* obuenit, quamuis nihil ipsis sit legatum, aut alio nomine proprio relictum. Eo inprimis pertinet, si quis *tertio*, conditionis implendae causa aliquid dare iussus sit, ut ipse perueniat ad legatum aut hereditatem. Ut ecce: Titius heres esto, si *CAIO* decem dederit. Apparet, *Caium* *mortis causa capere*, si Titius ipsi decem dederit, ut hereditatem, hac conditione sibi relictam, postea nancisceretur. l. 31. pr. & l. 38. D. de mort. caus. donat. Et posset ad speciem defendi, etiam *Caium*, cui a Titio, conditionis implendae causa, decem dari debent, pro *legatario* haberi posse, cum hoc, *contemplatione Caii*, a testatore constitutum sit, ut ipsi decem a Titio darentur. *PAVLLVS* certe atque *VLPIANVS*, in quibusdam partibus *mortis causa capionem* cum *legatis* compararunt, ut is maxime *mortis causa capere* queat, cui & legari possit, nec *plus* cuiquam *mortis causa capere* liceat, quam ipsi directo legari potuisset. l. 9. & l. 36. D. de mortis caus. donat.

Verum enim vero, magis est, quod dicamus, *mortis causa capionem* non accipiendam esse pro *tacito legato*. Primo enim nego, quod illi serio *consulere* voluerit testator, cui, conditionis implendae causa, aliquid dari voluerit ab herede suo. Si enim hic testatori animus fuisset, directo, aut per fideicommissum, onerare heredem potuisset, ut *Caio* decem ab ipso solverentur. Sed, cum hoc quodammodo a *voluntate heredis suspendit*, apparet, non *eius contemplatione* inprimis, quod in legato *tacito* desideratur, sed *tentandi heredis causa*, a testatore constitutum esse, ut, si hic voluerit ad hereditatem adspirare, *Caio* decem soluerentur.

Deinde inprimis obseruandum est, decem illa, non *ex hereditate* testatoris, sed *ex bonis heredis* potius, ad *Caium* peruenire. Ideoque *MAECIANVS* obseruauit, ne heredi quidem in quartam *Falcidiam* imputari, quod ipsi, ab alio conditionis implendae causa, datum fuerit, secundum testatoris voluntatem. l. 30. §. 7. D. ad l. Falcid. Et generaliter, quod *PAPINIANVS* atque *VLPIANVS* docuerunt, *Falcidia* interuenire non potest, si quid *mortis & conditionis implendae causa capiatur*, cum hoc *ex bonis defuncti* non profectum esse videatur. l. 44. D. ad leg. Falcid. l. 33. D. eod.

Sed luculenter *IAVOLENS* negat *testamenti causa* illud acquiri, quod *mortis causa capitur* & conditionis implendae causa soluitur. l. 55. D. de condit. & demonstrat.

Imo vero apertius omnino *VLPIANVS* negat illum esse *legatarium*, cui heres, conditionis implendae causa, aliquid dare iussus sit a testatore. l. 8. D. Si quis omissa caus. test. ideoque, si heres malit ab intestato here-

ditatem possidere, quam conditionem hanc implere, ex edicto, quo *legatariis* subuenitur, *agere* non poterit, qui mortis causa capere debebat. d. l. 8. D. *Si quis omiss. caus. test.*

Ex quibus rebus intelligitur, isti, qui mortis causa capere possit, *prodesse* quidem illud, quod alteri sub hac conditione relictum sit, sed ipsum expectare duntaxat, non autem petere omnino posse, quod alter ipsi, conditionis implendae causa, dare iussus sit in testamento.

§. IV.

Socius interdum legatum tacitum accipit, si alteri socio aliquid reli- Non igitur obscurum esse potest, hoc demum legatum *tacitum & implicitum* videri, cum testator aliquid reliquit, quod cum utilitate alterius, cui nihil nominatim adscriptum est, ita cohaereat, ut non possit non de illo cogitasse, adeoque dubitari nequeat, quin *ex contemplatione reliquerit* legatum.

Etum. Correo debendi non semper prodest liberatio alteri correo relicta. Contra, si manifestum sit, testatorem de illo, cui legatum quidem *prodesse* possit, vel non cogitasse, vel, si de illo cogitauerit, tamen ipsi honorem habere noluisse, sed illi potius, quem nominavit, prospicere omnino voluisse, non fingi potest *tacitum* legatum, neque ille, cui legatum non adscriptum est, ad petitionem legari admitteatur, quamvis emolumentum aliquod ex legato, alii relicto, ad ipsum possit pervenire. Recte enim MARCELLVS atque IULIANVS itemque VLPIANVS observarunt, rem totam ex testatoris voluntate aestimandam, & ante omnia inspiciendum esse, quibus *prospicere voluerit*, & de quibus *senferit testator*. l. 11. §. 20. & 21. D. de leg. 3. l. 3. §. 4. & l. 5. §. 4. D. de liberat. leg.

Sed haud dubie *de illo* videbitur *sensisse*, cuius utilitates, cum emolumento illius, cui legatum adscriptum est, ita conglutinatae & connexae sint, ut ne possit quidem huic prospicere, nisi etiam illi consuluerit, & *neutri* praestetur plenum beneficium, nisi illud *utrique* relinquatur.

Ex his igitur praeceptis facile fuerit tractare de *legati taciti* exemplis, quae a veteribus proposita videmus. Et frequentissima quidem de *legato liberationis* quaestio occurrit, si *uni remittitur, quod a pluribus debetur*. In illo enim argumento IAVOLENVS, IULIANVS, POMPONIUS, MARCELLVS, VLPIANVS, copiosissimi fuerunt. l. 3. §. 3. 4. 5. l. 4. l. 5. l. 6. D. de liberat. leg. Et merito illa disputatio excitavit interpretum industriam, cum plerumque, quod ARRIANVS atque PAVELLVS aiunt, ubi *de reo liberando* agitur, faciliores ad *liberationem* esse debeamus. l. 47. D. de oblig. & act. Sed habet illud argumentum hanc difficultatem, quod *renunciationem iuris* contineat legatum liberationis, & nemo temere ius suum dimittere & abii-
cere

cere voluisse censeatur, ideoque prospiciendum fit, quod *VLPIANVS* ait, ne quis *contra testatoris voluntatem* liberetur. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.*

Sed primo quidem de illo videamus, quod a pluribus *sociis* debetur, utrum, si vni debitum remissum sit, etiam *socius* legato contineri videatur. Et abscisse quidem *PAVLLVS* l. 29. D. de *liberat. leg. socium*, cui nominatim liberatio non relicta sit, & qui etiam per se non capax sit legati, tamen, *altero socio dimisso per consequentiam* confestim, ait, *liberari*. Nec minus luculenter *VLPIANVS* *socium*, qui cum alio socio aliquid debeat, legata liberatione, non pacto duntaxat, sed *acceptilatione liberandum* esse, praecipit, *ut tota obligatio* acceptilatione extinguatur, & ne alter quidem socius, cui legatum non adscriptum sit, compelli possit ad soluendum. l. 3. §. 3. D. *liberat. leg.*

Et in *uniuersali* quidem *societate omnium bonorum utilitates utriusque* ita inter se cohaerent, ut neutrius compendium ab emolumento alterius divelli possit: ideoque, secundum *PAVLLVM*, & hereditas, & legatum, & donatum, & quod quacunque ratione acquisitum est, acquiritur *communio*: sed *omne* etiam *aes alienum* de *communi* exsoluendum est. l. 3. §. 1. & l. 27. D. *pro socio*. Igitur, cum neutri possit aliquid detrahi, quin alter etiam damnum illud sentiat, cui tamen *prospectum* voluerit testator; si ille sciuerit, hos esse *socios omnium bonorum*, dubitari fere non potest, quin *utriusque contemplatione* reliquerit liberationem: ut utrique sint legatarii, & quod alteri nominatim relictum est, alteri *tacite* legatum esse videatur.

Sed res non caret dubitatione, si tantum *simpliciter* sint *socii bonorum*, utrum, quando vni quid legatum est, etiam de altero senserit testator. Inter hos enim, quod aiunt *QVINTVS MUCIVS*, *SABINVS* atque *VLPIANVS*, illa tantum, quae ex *quaestu* obueniunt, communia habentur, non hereditates, nec legata, nec donationes. l. 7. 9. 11. D. *pro socio*. Imo vero, secundum *POMPONIUM*, ne illa quidem, quae *propter societatem* legata vel donata sunt, communicantur, sed haec duntaxat, quae ex *societate* & *quaestu* & opera subinde obuenerunt. l. 60. §. 1. D. *pro socio*.

Sed maxime *aes alienum*, ad quod legatum *liberationis* pertinet, secundum *PAVLLVM* & *PAPINIANVM*, nisi illud ex *quaestu* & *negotiatione* perideat, non venit in *societatis rationem*, nec socius per socium aere alieno obligatur, nisi in communem arcam pecunias versas esse comprobetur. l. 12. & l. 82. D. *pro socio*.

Haec igitur si quis cogitauerit, videri possent non ita coniunctae esse *sociorum* rationes, ut neutri prodesse possit liberatio, nisi etiam socius in societatem legati admittatur. Quapropter dicendum est, *sociis omnium omnino bonorum* nunquam non prodesse liberationem alteri relictam, cum inter illos omnia communicentur. Sed, ubi *simpliciter* *societas bonorum*

contracta est, tunc demum, si aes alienum *ex quaestu & negotiatione* pendeat, & pecuniae, quas debemus, *in arcam communem versae* sint, necessarium videtur, ut plane extinguatur obligatio, & utrique socio remittatur, ne alter, cui liberatio legata est, lucrum amittat. Ita enim accipiendum est praeceptum IULIANI, quod *socii* acceptilatione liberandi sint, ne ille, cui obligatio remissa est, ex alterius socii obligatione oneretur, & fructu careat legatae liberationis. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.* Enimvero, secundum QUINTVM MUCIVM, lucra societatis cum socio non communicantur, nisi aere alieno & damnis antea deductis, l. 30. D. *pro socio*, & generaliter, quod PAVLLVS ait, omne aes alienum, quod manente societate contractum est, etiam districta societate, ab utroque est soluendum: ideoque, cum distrahitur societas, cautiones interponi solent, de futuris solutionibus, quae ex quaestu & societate debeantur. l. 27. & l. 38. D. *pro socio*. Igitur extorqueretur lucrum legatario, per compensationem, nisi & alter socius aere alieno liberandus esset ab herede.

Eadem dicemus etiam de *particularibus & singularibus societatibus*, ut, si aes alienum ad illam negotiationem, propter quam inita est societas, pertineat, etiam socio *prodesse* debeat alteri legata.

Prodest igitur socio subinde liberatio alteri relicta, si utriusque utilitas diuelli commodè non possit. Sed utrum alter socius, cui liberatio *non adscripta est*, pariter *pro legatario* habendus sit, & agere possit aduersus heredem, quasi *ex tacito legato*, diligentius inspicendum est. Supra enim comprobauimus, non omnes, *quibus prodest* alterius legatum, pro legatariis haberi, & ad petitionem legati *taciti* admitti. Nimirum ipse VLPIANVS sollicitè distinguit, ut socius tunc *pro legatario* habendus sit, si *& eius contemplatione relictum* legatum sit. l. 3. §. 4. *in f.* D. de *liberat. leg.* Igitur videndum, an *etiam de altero socio cogitauerit* testator. Sed fateor, hoc in dubio *praesumi*, cum quilibet nosse debeat & soleat conditionem illius, cum quo contrahat. Neque tamen possumus dissimulare, aliquando occurrere quasdam species, in quibus manifestum sit, *quod testator ignorauerit societatem*; ut, si cum vno sociorum contraxit, qui suo nomine negotiari videbatur, aut, si vnus fidem secutus sit duntaxat, & vnum maluerit habere debitorem. In his igitur speciebus magis est, liberationem vni relictam etiam socio *prodesse* quidem, sed socium *pro legatario* non habendum esse. Neque haec sine fructu distinguuntur. Si enim appareat, *non contemplatione alterius etiam socii* relictam esse liberationem, ille *solus* agere poterit, cui legatum est adscriptum: ideoque, hoc quidem ante testatorem mortuo, ne alteri quidem proderit legatum: contra, si testator de viroque cogitauerit, superstes efficaciter petere poterit legatum, quamuis ipse non sit suprema voluntate.

Ira quidem de *fociis* habendum est, quorum alter legato alteri relicto *tacite* subinde continetur. Sed haud paullo secius fiet iudicium de duobus *correis*, qui eandem summam debent, & non sunt *focii*, sed separatis *rationibus* utuntur. Enimvero etiam de his quidem expeditum est, *unius solutione* etiam alterum confestim liberari: quod *VLPIANVS* observauit, l. 3. §. 1. D. de *duobus reis*. Certe *factum* alterius alteri *nocere*, *POMPONIUS* respondit. l. 18. D. *eod.* An igitur dicemus, etiam liberationem alterius alteri *prodesse*? Sed hoc ego affirmare non aulin, cum *separatae* sint utriusque rei *rationes*, & nihil negotii inter ipsos reos contrahatur. Imo etiam, secundum *PAPINIANVM*, ne *compensatio* quidem, quae *ipso iure* tollit obligationem, *proderit* *correo*, si vnus duntaxat possit compensare. l. 10. D. de *duob. reis*. Itaque, cum nemo credatur facile ius actionis suae totum abiicere, quod supra comprobatum est, & possit alteri debitum remitti, altero manente in priori obligatione, *VLPIANO* obsequemur, qui alteri non *prodesse* liberationem, ait, si vni duntaxat *consulere* voluerit testator. Itaque is solus, cui legatum a testatore adscriptum est, *pacto* liberandus erit, ne & *correus* aduersus defuncti voluntatem liberetur. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.*

§. V.

Satis, credo, comprobatum est, *tacite* legatarium a testatore designari, si ex ipsa legati & negotii natura possit intelligi, de quo *senferit* testator, *vetet fundum, aut vni ex familia relinqui iubet, tacitum legatum videtur relinqui.* & cuius *contemplatione* reliquerit legatum. Sed difficillior est disputatio, si testator de *persona incerta cogitasse* videatur, adeoque incertum sit, quis ad legatum admitti debeat, cum nemo sit, a testatore *nominatus*. Hoc enim vix exquiri potest, si *pluribus prodesse* queat voluntas testatoris. Tale exemplum *MARCIANVS* tractauit, l. 114. §. 14. 15. 16. D. de *leg. 1.* In illa enim specie testator heredi interdixerat, ne alienaret fundum suum. Dubitabatur, cui fundus ille, quem alienari prohibuerat testator, seruan-
quisse. Si par- ti ciuitatis aliquid reli- quit, tota ci- vitas tacite intelligitur.
 dus esset, & cui fundus *tacite* legatus videretur. Sed *DIVI SEVERVS* & *ANTONINVS* rescripserunt, ante omnia inspiciendum esse, cuius *respectu* hoc sit dispositum in testamento. Si igitur inueniatur persona, cui hac prohibitione alienationis *consulere* testator voluerit, illi quidem fundus legato *tacito* relictus est, ac si *nominatus* esset testamento: ideoque & *petitio* legati ex testamento illi *competet* mortuo herede, Neque vero dubitari potest, quin heredis heres legitimus *tacite* a testatore intellectus videatur. l. 67. §. 5. D. de *leg. 2.* Sed faciamus, *heredem*, nouissimum gentis suae, non relinquere legitimum heredem. Imperatores censuerunt, si non inueniatur, cuius *respectu* alienationem prohibuerit testator, *nullius momenti* esse legatum, sed contemnendum esse, quasi *superuacuum* scripturam. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.*

Non

Non dissimilis difficultas occurrit, si iusserit testator fundum simpliciter *in familia relinqui*, quod & ipsum admittit variam interpretationem. Et MARCIANVS quidem respondit, *eligendum* esse ab herede *unum* ex familia, cui fundus ille relinquatur: & heredem testamento pauuisse, si vel *uni* fundum reliquisset. l. 114. §. 17. & 18. D. de leg. 1. Ideoque quicumque *ex familia* electus, secundum PAPINIANVM, non minus fundum *ex legato tacito* habebit, ac si *nominatim ipsi adscriptus* esset fundus *in primo testamento*. l. 67. §. 1. D. de leg. 2. Sed res quidem minus dubitationis habet, si adiecerit testator, ut heres, *cuiusque ex familia voluerit*, relinqueret fundum testatoris. d. l. 67. §. 5. D. de leg. 2. Sed si heres *neminem elegerit*, ad quem fundus perueniet ex voluntate testatoris? Et VALENS quidem auctor est, *omnes ex familia* admitti ad petitionem l. 94. D. de leg. 3. Quod video etiam PAPINIANVM probauisse, modo ex pluribus diuersi gradus *proximi* admittantur, cum hi quidem videri possint primo loco a testatore *inuitati* esse. l. 69. §. 3. D. de leg. 2.

Sed quomodo dicemus, testatorem de *uno* illo, aut de *omnibus* tacite sensisse, cum *ignorauerit*, quem heres *electurus* sit, aut qui post mortem suam aliquando in familia sua sint futuri? Imo vero videbitur testator de *omnibus* sensisse, & *fortuna*e permisisse, quem heres optione sua sit designaturus. Nimirum cogitatio *posteritatis*, de qua omnes optime speramus, occultis quibusdam faculis aliquod in nobis studium accendit, ut interdum erigamur animo & concitemur, & longum quendam ordinem illorum, qui nos secutum sint, ante oculos ponamus, illosque quasi coram intueri, & imaginem in illis nostram obseruare videamur.

Itaque voluntati testatoris fiet satis, si vel omnibus vel *uni* fundus relinquatur, cum, *tacita representatione* temporis futuri, de omnibus sensisse videatur. Sed de hoc quidem argumento copiose alio loco a nobis tractatum est. i)

Ab eodem principio descendit, quod, si quid *parti ciuitatis* relictum sit, ad splendorem & ornatum, quod ad *totius reipublicae* compendium & utilitatem pertinere videatur, VLPIANVS censeat, illud *toti* reipublicae deberi, & ab illa peti posse: cum *non potuerit non de omnibus* testator cogitare in legato, quod ad omnium utilitatem manifeste pertineret. l. 32. §. 2. D. de leg. 1. In hac igitur specie pars reipublicae, etiam illa, quae *non nominata* est in testamento, ex *tacito legato*, ad petitionem admittetur.

§. VI.

Si reo liberatio legatur fideiussor etiam libe.

Accepisti naturam taciti legati. Ex his enim speciebus, quas adhuc tractauimus, facile fuerit, de aliis exemplis iudicare. Sed subiiciemus pauca, quae veterum diligentiam exercuerunt. Re-

i) Praeses de his quae familiae relictæ sunt. §. 2. sq. p. 7.

Reuertimur enim ad legatum liberationis, quod, propter maximum *randus est, fauorem*, interpretatione aliquando ad personas *non expressas* extenditur, *non contra.* ut supra est a nobis obseruatum. Et primo quidem de *fideiussore* videamus, *Filio libera-* *to pater ple-* *rumque libe-* *ratur, non* *contra.* *Si* *creditori,* *quod Titius* *illi debet, le-* *gatum sit,* *utrique pro* *legatariis* *habentur.* *utrum illi tacite liberatio relicta* videatur, si reus liberatus est legato. Et *PAPINIANVS* quidem respondet, si heres reum, testamento liberatum, *omittat, & fideiussorem* conueniat, huic *exceptionem doli*, propter *impro-* *bitatem* heredis, dari, cum liberatio debitoris fideiussori debeat prodesse. *l. 49. pr. D. de fideiuss.* Sed ne credas, *fideiussorem* duntaxat *exceptione* li- *berari.* Enimuero cum *sciuerit* testator, fideiussorem etiam teneri, & si hic soluere cogatur, reo non prodesse liberationem, qui actione mandati aut negotiorum gestorum, ad reddendum illud, quod solutum est, a fidei- iusso compelli potest; dubitari nequit, testatorem etiam de *fideiussore libe-* *rando* cogitasse. *l. 5. pr. D. de liberat. leg.* Praeterea *POMPONIUS* ob- seruat, etiam reum agere aduersus heredem posse, ut reddat, quod solu- tum est, si, debitore liberato, solutionem a *fideiussore* exegerit, contra te- statoris voluntatem. *l. 2. pr. D. de liberat. leg.*

Igitur fideiussor *tacite* legato continetur: cum, qui vult *finem*, neces- saria etiam media omnino voluisse videatur. Sed hoc *medium* est *necessarium* rei liberandi, ut & fideiussor liberetur. Vnam tamen speciem *VLPIA-* *NVS* excipit, si reus omni incommodo liberari possit, quamuis fideiussor compellatur ad solutionem: ut, si fideiussor *donationis causa* interuenerit, & reo ab initio *remiserit mandati & negotiorum gestorum actionem*. Item, si pecunia ad fideiussorem peruenerit, adeoque hic verus sit debitor, & peruersis officiis, cum ipse debeat, interposuerit personam debitoris. Enim- vero, cum *regressus* ipsi aduersus debitorem non pateat, reus efficaciter liberari potest, quamuis fideiussor conueniatur ab herede. *l. 5. pr. D. de liberat. leg.*

Sed non eadem dicenda erunt, si *fideiussorem* duntaxat testator libera- verit in testamento. Enimuero, si fideiussor *soluerit*, caret quidem dubi- tatione, reum liberari, ne idem bis a creditore exigatur. *l. 39. D. de fideiuss.* Sed aliter sentiendum, si *fideiussor liberetur*, non extincta prorsus obliga- tione. Cum enim & *pacto* liberari possit ab herede, & *pacta* etiam *in per-* *sonam* duntaxat concipi ab herede possint, reus obligatus manet, fideiussore interim dimisso. Ita *POMPONIUS* & *IULIANVS* responderunt. *l. 2. pr. & l. 5. §. 1. de liberat. leg.* Enimuero, secundum eundem *IULIANVM*, *pa-* *ctum* fideiussoris raro prodest debitori, nisi *doli* forte exceptio ex illo pacto debitori concedatur. *l. 25. §. 2. D. de pactis.* Quod *PAVLLVS* ita accipit, ut si *in rem* concipiatur *pactio*, omnes, qui propter eandem rem obligati sint, dimissi videantur. *l. 21. §. 5. D. de pact.* Quae cum ita sint, dicemus, ubi testator fideiussori debitum ita remiserit, ut heres debitam pecuniam prorsus exigere non possit, daß dasjenige, wofür Caius sich verbürget, nicht

gefordert werden solle, pacto, *in rem* concepto, fideiussorem liberandum esse, & hoc pactum debitori etiam prodesse.

Sed dispiciamus, si *plures fideiusserint*, & *unus* sit a testatore liberatus, an reliquis pro sit liberatio relicta. Enimuero, cum inter plures confideiussores idoneos *diuisa* sit omnino obligatio, quod SEVERVS & ANTONINVS, itemque ALEXANDER praeceperunt, apparet, *unum duntaxat liberandum*, reliquos legato *tacite* non contineri, sed pro sua parte manere obligatos, quasi alter, qui liberatus est, *soluisset* partem suam, l. 3. & 10. C. de fideiuss.

Restat, ut de reliquis, quae ad hoc argumentum pertinent, brevissime exponam. Si ipse *fideiussor* creditori leger, quod Titius debet, pro quo ipse fidem suam interposuit, IULIANVS non dubitat, Titium legato *tacite* comprehensum esse, ut & ipse agere possit, aduersus fideiussoris heredes, ad pecuniam creditori exsoluendam, cum *ipsius contemplatione* legatum relictum videatur. l. 49. §. 6. D. de leg. 1. Imo vero, si fideiussor tertio aliquid leget, ut creditori illud soluat, quod debet Titius, pro quo testator fideiussit, debitor habebit actionem, ut solvatur, quamvis huic non adscriptum sit legatum l. 49. §. 7. D. de leg. 1. & secundum MARCELLVM atque IULIANVM, *utrique* erunt *legatarii*, & creditor & debitor, cum *utriusque contemplatione* hoc relictum videatur. l. 3. §. 5. D. de liberat. leg. Non solum enim plerumque creditoris interest, debitum, propter commoditatem facili exactionis, a legatario exsolui, sed inprimis debitoris, ut ipse liberetur. Quapropter *ex natura negotii intelligitur*, illum *tacite de debitore liberando cogitasse*.

Non multum ab hac specie recedit, si ipse debitor iubeat heredem suum solvere, quod ipse *sub fideiussore* debet creditori. Cum enim manifesta sit voluntas testatoris, ut debitum non a fideiussore, sed ab herede suo exsolvatur, adeoque appareat, ipsum *de fideiussore liberando cogitasse*, non solum creditor, sed etiam *fideiussor ex tacito legato* habebunt actionem, l. 49. §. 5. D. de leg. 1. cum & fideiussoris intersit, ut ipse liberetur. Quapropter, etiam si tertius creditori leger, quod ego *sub fideiussore* debeam, cum tertius ille *non ignorauerit* fideiussionem, etiam fideiussor ad petitionem *taciti legati* admittetur, *ac si ipse in testamento nominatus esset*. l. 49. §. 5. D. de leg. 1. Extremo meretur observari, ne *filio* quidem prodesse *patris* liberationem, si huic quidem illud, quod *filius debeat*, legato sit remissum. Cum enim actio *de peculio* duntaxat remissa videatur, secundum IAVOLENUM atque IULIANVM, filius nihilominus tenetur, nisi appareat testatorem etiam de filio sensisse. l. 5. §. 2. & l. 6. D. de liberat. leg. Neque enim dici potest, testatorem, cum patri actionem remitteret, *necessario etiam de filio liberando cogitasse*: quae natura est *taciti legati*.

Contra, *filio*, qui aliquid debet, *liberato*, plerumque patri etiam de peculio actionem remissam iudicamus. l. 5. §. 3. D. de liberat. leg. *Obligatione* enim *principali* debitoribus remissa, nisi aliud actum sit, etiam *accessiones*, & omnia obligatione ista enata sunt, plerumque remittuntur. l. 43. D. de solut. Et probabile est ad fidem, creditorem filii familias, dum huic debiti gratiam fecerit, etiam actionem de peculio, quae ex debito orta esset, in animo suo habuisse, atque adeo parenti *tacite* legatum liberationis reliquisse.

Animus erat, plura adicere. Sed *nobilissimus Iuuenis*, qui hunc libellum publice defender, post sementem optime apud nos factam, iam quidem profectorem cogitat, & *Lipsiam* festinat. Quae res mihi necessitatem finiendi opusculi imponit, & mirifice animum concitat *Lipsiae* commemoratione.

Haec enim cogitatio, non solum *patriam*, illam iucundissimam, sed etiam imagines *summorum & incomparabilium virorum*, a quibus me multis & immortalibus beneficiis ornatum esse memini, inprimis, RECHENBERGIOS, MENCKENIOS utrosque, GRIERNEROS.

Omnes coelicolas, omnes supera alta tenentes,

ostendit, quasi e longinquo. Sed horum quidem memoriam quoties recordatione repeto, toties mirifice commoveor, & agnosco felicitatem iuventutis meae. Igitur cum bonis TE omnibus dimitto, *doctissime* MARBACHI. Neque enim minus te beatum senties, cum superstites videbis RECHENBERGIOS, RIVINOS, MASCOVIOS, ~~alias~~ complures, quorum salute incrementa litterarum & diuinae artis nostrae inprimis continentur. Enimvero verbis quidem exprimere non possum quantum *illis*, quos nominaui, debeam, quas faces mihi subdiderint, quibus studiis accenderint mediocritatem illam mei ingenii, qua diligentia me, hominem admodum iuuenem, excitauerint, fouerint, ornauerint, protraxerint in lucem. Sed ad *hos* quidem virtus *Tua* & elegantissima doctrina, & ardor tui ingenii, quod *per triennium* Virembergae acuisi, denique ipsae litterae & musae, *Tibi* adiutum parabunt. Hoc Tibi sufficiet ad spem prosperrimi euentus. Vale.



DE AERE ALIENO
 V X O R I S V I V A E
 EX
 DOTE OMNIVM BONORVM
 EXSOLVENDO.

AD L. LXXII. D. DE IVRE DOTIVM.

VITEMBERGAE, DIE MART. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

PAVLLVS L. LXXII. D. de iure dotium.

Mulier bona omnia in dotem dedit. Quaero, an maritus, quasi heres, oneribus respondere cogatur? PAVLLVS respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus eius conveniri non posse: Sed non plus esse in promissione bonorum, quam, quod superest, deducto aere alieno.

Indignissime ^{§. I.} decepit filiam suam *Saturio* ille, apud *PLAVTVM*, ^{a)} cui, cum metu infamiae & repudii a pravis consiliis abstergeretur, dotis confidationem illepide pater obiecit, atque ex hominum moribus persuasit, dum dos sit, nullum vitium vitio puellis verti. Neque enim cogitavit, quam foedae & pestilentes de ipsa dote controuersiae sanctissima quandoque matrimonium perturbent, aut dos ista quam fertilis sit materia dissensionum, nisi dote ingenii & virtutis uxores defendantur. Sero illud sensit apud eundem *PLAVTVM* ^{b)} *Demaenetus*, qui, in necessitates durissimas delapsus, cum seruo dotali uxoris suae plus in manu esset, quam sibi, tandem, *accepi argentum* inquit, *dote imperium vendidi*: cum, in magna egestate, non suppeteret aliud consilium, quam uxoris defraudandae.

Imo vero cum in iudicium deducuntur illae de dotibus uxorum lites, tanto plus difficultatis habent, quanto diligentius illae controuersiae tractandae sunt, quae non iure subtili, sed aequitate & bona fide, quod veteres dice-

^{a)} *PLAVT. Pers. act. 3. sc. 1. v. 59.* ^{b)} *PLAVT. Alin. 1. sc. 1. v. 74.*

dicebant, & motu quodam iudicis reguntur. Nimirum illa coniunctionis maritalis sanctitas, ille perpetuus conuietus, illa societas incommodorum, quae ab vxoribus ad maritos, a maritis ad vxores, perueniunt, illa rerum omnium communicatio, tam varias quotidie tamque inter se diuersas causarum formas pariunt, vt certa perpetuaque regula includi aut definiri commodum non possint. Quapropter impeditior & fere perturbatior est causa *dotium*, postquam placuit, illud inter maritum & vxorem de *dote* iudicium *boni viri arbitrio* inprimis contineri. Ita enim M. TULLIO ^{c)} visum est, qui, dum de vbertate & sublimitate artis nostrae tradit. „Ictorem, ait, „prudentiam maxime in illis iudiciis desiderari, in quibus additum sit: ex „*bona fide*, aut, *vt inter bonos bene agier*: inprimis in *arbitrio rei uxoriae*, „in quo, *quid aequius sit & melius*, tractetur: in quo de *dolo malo*, de *fide* „*bona*, de *aequo & bono*, quid socium socio, *virum uxori*, *vxorem viro*, prae- „stare oporteret, diligentissime & copiosissime disputandum esse videatur. „

Sed nostri quidem certe, inprimis LABEO, POMPONIVS, CELSVS, VLPIANVS l. 84. & l. 6. §. 2. D. de iure dotium, l. 21. D. solut. matrim. *doli exceptionem* semper dotis iudicio inesse tradiderunt, vt si alteruter circumuentus esse videatur, etiam maiori XXV. annis succurrendum, atque, propter *boni & aequi* sanctitatem, non permittendum sit, aut lucrari aliquem ex damno alterius, aut damnum sentire propter alterius lucrum & commoditatem. Ex eodem fonte deducitur, quod non solum vxor, sed etiam maritus quamuis adulta in illo sexu & aetate sapientia, si in *aestimatione dotis* laesus sit, aduersus mulierem in integrum restituatur. l. 7. §. 5. D. de donat. inter vir. & vx. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. l. 6. C. solut. matr. Neque enim valebit pactum, quo efficeretur, vt dos apud maritum esset *sterilis & infructuosa*, quod MARCELLVS ait, l. 4. D. de pact. dotal. sed, secundum DIVI SEVERI constitutionem, prospiciendum est, ne, quod indignissimum censetur, mulier omnino dotem non habuisse videatur. l. 11. D. de pact. dotal. Quod video etiam POMPONIO & PAVLLO placuisse l. 1. D. solut. matrim. l. 71. D. de evict. l. 2. & l. 6. §. 2. D. de iure dot.

Denique, ex eadem causa, in ambiguis, quod idem PAVLLVS monuit, pro dote, respondemus l. 70. D. de iure dot. neque committimus, vt vel marito *fructus* dotis illatae aut promissae, vel vxori spes dotem & patrimonium recuperandi, alterutrius coniugis fraude & incuria interuertatur. Sed hoc tamen observandum est, incredibile illud studium, quo causa *dotium* defendebatur, quamuis ipsa respublica, libero um causa inprimis, illud commendaret, aliquantisper temperatum esse, postquam IUSTINIANO placuit, *dotes* non esse *necessarias*, & matrimonia non *dotibus*, sed *affectu* maxime, coniungi, l. 11. C. de repud. Apud Germanos quidem certe *dotis* cura

olim remissior fuit, cum sufficeret, uxorem *armorum* aliquid ad maritum, nuptiarum causa, attulisse. Hoc enim certissimum vinculum, haec arcanum sacra, hos coniugales Deos, in magna, illa paupertate veterum, arbitrabantur. ^{d)} Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

§. II.

Dos immo dica. Quod sit immodicum. Contra promissionem dotis immo dicae vxor in integrum restituitur. Igitur fauemus quidem dotibus, non solum maritorum causa, sed ipsius reipublicae & imprimis liberorum cogitatione, quod ait POMPONIUS, l. 1. D. solut. matrim. & indignum iudicamus, uxorem, quae copiis suis familiam instruere & exornare possit, dotem sterilem, aut mortuam, quam MARCELLVS. l. 4. de pact. dotal. & l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vx. appellauit, id est dotem, ex qua maritus non fiat locupletior, ad sustinenda onera matrimonii, quasi dicis gratia, afferre.

Sed, uti dotem *infructuosam* non facile admittimus, ita profecto sanctitas illa & bona fides, quae dotis iudicium & matrimonia reguntur, dotem immo dicam & iusto largiorem non minus auersantur. Hanc immodicam sumo apud PUBLIVM TERENTIUM ^{e)} dotem summam appellauit, cum Chremes ultro venisset ad Simonem,

— — — unicam gnatam suam,
cum dote summa, filio uxorem ut daret.

Haud paullo luculentius *immodicum* interpretatur VLPIANVS, l. 15. pr. D. de donat. int. vir. & vx. quod vires patrimonii excedat: hoc enim satis immodicum appellat. Eodem fere sensu munus immodicum POMPONIUS accusat, quod quandoque Kalendis Martiis aut natali die vxori datur a marito l. 31. §. 7. D. de donat. int. vir. & vx. Hoc est, quod PAVLLVS l. 12. D. de impens. in res dotal. fact. impensas modicas, quae fructum fundi dotalis non absorbeant, marito in matrimonio imponat: cum contra sint immodicae, quae dotem faciant *infructuosam*. Non dissimili forma immoderatum dixit VLPIANVS, quod res proprias cuiusque exhaustiat, l. 24. §. 5. D. solut. matrim.

Sed apposite imprimis PAVLLVS, dotem immodicam omnino constitutam iudicauit, si dos, emergente aere alieno, ultra vires patrimonii promissa videatur, l. 43. §. 1. D. de administrat. & pericul. tut. aut, secundum TERENTIUM CLEMENTEM, si plus nomine dotis promissum sit, quam valeant vxoris facultates, l. 61. pr. D. de iure dotium.

Itaque, ut in viam redeamus, non rata est dos immodica, quae facultates mulieris excedit, vxoris nomine marito constituta. Et primo quidem, si curator, vel generalis, vel dotis dandae causa constitutus, sciens, forte

per

d) TACIT. de morib. germ. c. 13.

e) TERENT. Andr. act. I. sc. 1. v. 74.

per gratiam, *amplius* doti promiserit, *quam copiae mulieris valerent*, ipso iure nulla est promissio: cum videatur curator a dolo parum abfuisse, qui uxoris patrimonium dote immodica, non ut homines frugi solent, oneraverit. Ita certe TERENTIUS CLEMENS iudicavit. l. 61. pr. D. de iure dotium. Neque enim iudicium bonae fidei, quae in dotibus maxime spectanda est, ferebat, aliquid dolo curatoris, aut per gratiam, admitti.

Sed paullo fecius fiet iudicium, si a curatore ignorante, qui amplius de facultatibus mulierculae sperabat, bona fide, ultra vires patrimonii, quod antea opimum videbatur, sed postea emergente aere alieno deminutum apparebat, dos sponso sit promissa. Tunc enim, ne marito, qui mulierculam, nisi dotis auxilio commendabilem, non ducturus fuisse videatur, iniuria fiat, utrinque ex bona fide rationes conferendae sunt: ut neque sponsus incontinentius flagitet, quae praestari ab uxore non possunt, & uxor, constante matrimonio facta locupletior, reliquum dotis, a curatore promissum quod antea vires patrimonii excedebat, marito liberaliter exsoluat. Ita PAVLLVS commentatur, l. 43. §. 1. f. D. de administr. & peric. tut.

Imo vero, si ipsa etiam mulier, maior XXV. annis, dotem iusta mensura ampliorem per se promiserit marito, POMPONIUS auctor est, si circumventa videatur, illi ex aequo & bono succurrendum esse, ne per lucrum mariti damnum patiatur. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Sed inprimis mulieri minori, in dotis constitutae modo, secundum ULPIANVM, subuenitur, si circumventa ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium, in dotem dederit marito. l. 9. §. 1. D. de minor. Quod video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse. l. 6. C. solut. matrini.

Ne tamen res sanctissima, & quod PAVLLVS ait, l. 1. D. de iure dotium, ex voto ipsius uxoris perpetua, obtentu circumscriptionis dotisque immodicae subinde moueatur atque perturbetur, adeoque incertae sint mariti rationes, opportune ALEXANDER monet, non confestim restitutionis beneficium aduersus dotem vxoribus a praetore tribuendum, sed audita parte aduersa, & causa cognita, rebus omnibus excussis, utrum uxor circumventa videatur, statuendum esse: cum difficile sit, in bonae fidei negotiis fidem datam infirmare. l. vn. C. si aduers. dotem.

Quae cum ita sint, dicendum est, dotem immodicam, quae vires patrimonii excedat, dolo malo a curatore sciente constitutam, ipso iure nullam esse, & reperi confestim, vel bona fide promissam a curatore, vel ab ipsa muliere, quamuis maiore XXV. annis constitutam, si magna difficultas appareat, beneficio restitutionis in integrum, intra legitimum tempus, ad iustum modum reuocari. Vix enim attinet monere, si CELSUM audiamus, ubi quaeritur quantae pecuniae dos promitti possit, iustum fere modum ex facultatibus & dignitate uxoris ac mariti statuendum esse, quo-

usque

vsque ratio iusta patiatur. l. 60. D. de iure dotium, ut appareat, arbitrio iudicis laxiori in illa causa inprimis locum dari.

§. III.

Omnia bona in dotem dari possunt. Facilis est patrimonii & utriusque coniugis dignitatem, reuocari. Sed illa demum videtur debita immodica, ut supra obseruatum est, quae ultra vires patrimonii bonorum sed promittatur, aut, cum plus sit in promissione, quam facultates uxoris valeant, l. 43. §. 1. D. de admin. & pericul. tut. l. 60. & 61. D. de iure dotium. Hoc est, quod Chremes ille apud PUBLIUM TERENCEM se dotem, *nis oritur* ait, pro re sua, id est, ad iustum modum, pro facultatibus & dignitate uxoris non vtriusque, filiae constituisse.

difficulter in integrum restituitur aduersus dotem bonorum omnium promissam.

Duo talenta, pro re nostra, ego esse decreui satis.

Quapropter, cum bona fides iustum modum desideret in dotibus constituentibus, videri posset, dotem non solum illam, quae superet patrimonium uxoris, sed etiam hanc, quae maximam illius partem, vel tota etiam bona, exhauriat, immodicam videri.

Ita enim PROCULVS ait, se rusticos quondam dicentes audiuisse, pecuniam sine peculio esse rem fragilem, & perire patrimonium, nisi semper aliquid supersit, quod praesidii causa reponatur. l. 79. §. 1. D. de leg. 3.

Quid igitur dicemus? An ferenda erit pactio, qua mulier bona sua omnia in dotem dederit marito? Videtur enim ad paupertatem vel potius egestatem & mendicitatem, peruenire, quae bona sua omnia dote exhauriat & nihil reliquum habeat, quo in magnis necessitatibus utatur: ut dubitari vix possit, utrum, datis bonis omnibus, dotem immodicam constituisse videatur.

Verum enim vero, vel liberorum inprimis causa, quorum nuntio voto, quod ULPIANVS ait, l. 1. §. 3. & 8. D. de ventre inspic. parentes plurimi ducuntur, & quorum spe, secundum POMPONIUM, l. 1. D. solut. matrim. salus reipublicae & ciuitatis continetur, vel certe cogitatione dulcissimae coniunctionis & maritalis concordiae, nihil per se vitii habere visa est conventio, qua marito ab uxore, nuptiarum causa, bona omnia subinde promittuntur.

Nimirum aliquando, ex ipsa iuris necessitate, bona omnia uxoris, dotis nomine perueniebant ad maritum. Haec enim lex erat nuptiarum, quibus mulier viro in manum, quod dicebant veteres, conueniebat, ut vxor pro filia-

filiamfamilias in potestate mariti versaretur, g) & se ac sua omnia permetteret marito. Audiamus M. TVLLIVM h) qui, cum mulier, inquit, viro in manum conuenit, omnia, quae mulieris sunt, viri fiunt, dotis nomine: vt nihil retinuerit mulier, si consarreatis maxime nuptiis in potestatem mariti concessisset.

Atuero, non solum iuris necessitate imperante, sed saepe etiam volentes, caritate maritorum, quos propter dotem obsequentiores & meliores se nacturas arbitrabantur, & imprimis cogitatione liberorum, quibus nihil humano generi dulcius est, suo arbitrio bona omnia in dotem mariti sponte obtulerunt. Nulla frequentius nubentes formula in matrimonii repromissione utebantur, quam illa solenni: me & mea omnia tibi trado, & permitto. Sed hac quidem blandissima allocutione, vt res ipsa ostendit, dos omnium bonorum videtur comprehendere: quod GAILIVS etiam obseruat. i) Neque enim dubitari potest, his verbis ab uxore dotem omnium bonorum expresse constitui marito. Certe aliquando per insidias & fraudem, vt generis verba darent & conditionem filiabus inuenirent soceri, se filiabus bona omnia daturus esse, comminiscabantur. Ita Chremes ille, quem antea adduxi, apud P. TERENCEM k) quamuis duo talenta pro re sua sufficere iam decreuisset, tamen,

Ita dictu opus est, (inquit) si me vis saluum esse, & rem & filium:

Me mea omnia bona dote dixisse illi — —

— — Vt eius animum, qui nunc luxuria & lasciuia

Diffluit, retundam, & redigam, vt quo se vertat, nesciat.

Non attingam maiores nostros, quorum consuetudine uxores, nisi regulam iuris sui pactione corrupissent, bona sua omnia mariti curae & prouidentiae & vsui & administrationi permittebant. Ita enim illi: Wann ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt Er in seine Gewehr alles ihr Guth zu rechter Vormundschaft. iur. prou. Sax. L. I. art. 31. & L. III. art. 45. vt vix dubitem, quin illustri GAERTNERO nostro assentiar, qui commentatione erudita l) comprobauit, iure Saxonum, imo Germaniae, communi inter dotem & bona paraphernalia discrimen non admitti.

Sed, vt ad Romanos & ius omnium commune redeam, non habebant uxores, quae bona omnia in dotem dederant maritis, cur facilitatem suam

g) ULRICAN. fragm. tit. IX. SERV. ad L. IV. Aeneid. h) CIC. top. IV. §. 23.

HOTTOMANN. disputat. iuris ciu. de dote, §. 1. §. 5. i) GAIL. II. obseru. 82. n. 1. k) TERENCE. heautontim. act. V. sc. 1. v. 69. sqq.

l) GAERTN. diss. acad. distinctionem inter dotem & parapherna foris Germaniae non accommodandam esse. §. 5.

suam accusarent, aut de paupertate, ad quam illae dote data redigebantur, aut de circumscriptione aliqua omnino quererentur. Enimvero per maximam & sanctissimam coniunctionem, qua, quod T. LIVIVS ^{m)} ait, non solum corpora, sed etiam animos, sibi inuicem dare solent coniuges, diluitur suspicio mendicitatis, & egestatis illius, quam ex pacto illo liberali timere potuissent. Nimirum dotis causa perpetua est, secundum PAVLLVM, l. 1. D. de iure dotium, & voto eius, qui dat dotem, ita contrahitur, ut semper apud maritum maneat, utque concordia illa rerumque omnium communicatio nulla poenitentia diffidione perturbetur. Ideoque recte THEODOS. & VALENT. vxoribus praecipunt, bonum esse, mulierem, quae se ipsam marito committat, res etiam suas omnes, qualescunque, nulla parte excepta aut retenta, eius arbitrio & potestati gubernandas tradere, & in voluntate eius spem plenam certissimamque collocare. l. 8. C. de pact. conuent. Nec minus commodum IUSTINIANVS l. 2. C. ne fideiuss. dotium dentur, vxorem, quae se ipsam marito credere ausa est, prohibuit, pro dote fideiussores exigere, ne causa perfidiae in matrimonio subinde generetur.

Quare apparet, non solum non improbasse veteres illam pactionem, qua bona omnia vxoris marito nuptiarum causa traderentur, sed etiam suauisse, atque commendasse: ut fauorabilis videatur illa conuentio, qua, nullo discrimine admissa, bona vxoris omnia communicantur cum marito.

Sed, ne diutius te teneam, aperte quidem PAVLLVS in lege illa 72. D. de iure dotium; quam tractandam suscepimus, proponit, mulierem bona omnia marito in dotem liberaliter dedisse, neque habet, quod accuset in illa pactione.

Et luculentius paullo ALEXANDER, nullo iure prohibitum esse, ait, foeminam bona vniuersa in dotem dare. l. 4. C. de iure dotium. Imo vero alio loco idem ALEXANDER laudat, aut certe non accusat, connubiale illud foedus, quo omnia bona in dotem data sint marito, modo non appareat, circumuentam esse mulierem in illa pactione, l. vn. C. si aduers. dotem. Sed abscessius IUSTINVS etiam parentibus permittit, ut possint filiabus consentire, qui totam suam substantiam, nuptiarum causa, velint attribuire maritis. l. 7. C. de dotis promissione.

Quae res induxit ACCVRSIVM, ut, propter maximum fauorem huius pactionis, si qua foemina, sine dotis mentione, simpliciter nupserit marito, bona omnia in dotem data esse iudicaret. ⁿ⁾

Verum enimvero, quamuis non dissimulem, laudari a veteribus foeminas, quae, nulla suspicione commotae, se & sua omnia maritis liberaliter permittant; tamen, cum mulierum ingenium cogito, quod plerumque non

^{m)} LIV. L. I. c. 9.

ⁿ⁾ ACCVRS. ad legem: mulier bona omnia. 72. D. de iure dot. GAIL. II, obs. 82, n. 2.

non minus suspiciosum est, quam rapax, inuidiosum & alieni appetentissimum, si non aliud expresse actum est, in ambiguo non admittendam esse censeo praesumptionem, quali mulier *bona omnia* in dotem dare voluerit marito. Recte enim veteres, dotis non modo constitutionem sed etiam illationem, *probandam* esse censuerunt: cum non credamus, facile mulieres profusa esse liberalitate in maritos. l. 1. 2. 3. C. de *dote cauta non numerat.*

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, admitti & commendari *dotem omnium bonorum*, vti etiam *donationes bonorum omnium*, cum quibus dotes comparantur, l. f. C. de *donat. ante nupt.* inter homines ingenuos & suae potestatis, si non *inofficiosae* sint, tantisper tolerantur. l. 35. §. 4. C. de *donat.* Sed & illud expeditum est, *uniuersorum bonorum dotem non praesumi.*

Imo vero, si probata fuerit promissio *bonorum omnium*, tamen, quod supra obseruatum est, inter personas tam sancto vinculo coniunctas *fraudem & circumscriptionem* non quidem suspiciamus, sed audiendam tamen mulierem censemus, quae cum bona omnia in dotem dederit, se laesam esse dicat illa pactione. Aperte enim *VLPIANVS*, subueniendum esse, ait, mulieri, si *totum* patrimonium, *circumscripta*, in dotem dederit. l. 9. §. 1. D. de *minor.* Quod & *ALEXANDER* approbavit, vt, si *bona omnia* in dotem data sint, uxori, *caussa cognita*, subinde succurratur. l. vn. C. si *advers. dot.* Sed ne quis obiter dictum existimet, audiamus *VLPIANVM*, qui l. 3. §. 5. D. de *minor.* etiam *filiamfamilias* in dote *captam*, quamuis *pater* eius, aduersus quem non datur restitutio, de dote stipulatus sit, si illud aequum videatur, *restituendam* esse ait, cum in illa perturbatione animorum, nuptias vtrinque anhelantium & spe felicitatem futuri temporis praecipientium, facile ingenium muliebri sublabi posse videatur.

§. IV.

Comprobauimus, *omnia uxoris bona*, nuptiarum causa, efficaciter Maritus quandoque transferri in maritum, & frugi esse vxores, quae nihil sibi retinent, aut magnopere appetunt, quod a rationibus mariti separatum esse videatur. Vnum quandoque obstabit marito appetentiori, quod suspecta sit interdum illa liberalitas & *bonorum omnium* translatio in muliebri ingenio, adeoque audienda sit *foemina*, quae se circumuentam & circumscriptam dixerit in illa pactione.

Sed neque *maritus* semper habet, quod gaudeat de *dote omnium bonorum* ab uxore sibi constituta. Scimus enim, etiam *onera* referri ad maritum. Nam *PAVLLVS* quidem, in l. 72. D. de *iure dotium*, a nobis poposita, si mulier *bona omnia* in dotem dederit, cum dubitatione quadam

sciscitatur & quaerit, *quis oneribus respondere teneatur?* Quod ut expediamus, operae pretium fuerit, ante definire, *quid iuris maritus in dote habeat*, & quo iure haec in ipsum transferatur.

Et, primo quidem, vulgo notum est, individua rerum *fungibilium* vxoris, inprimis *pecuniam*, *irreuocabiliter* ad maritum peruenire, quamuis soluto matrimonio, post annum, iure communi, *tantundem* reddere cogatur. Enucleate GAIUS l. 42. D. de iure dotium. res, quae numero, pondere & mensura aestimentur, in *dotem* datas, mariti, ait, esse periculo, quia *in hoc datae sint, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat*, & soluto quandoque matrimonio alias eiusdem generis & quantitatatis restituat vxori. Sed meretur observari, etiam si *nummos alienos in dotem* dederit mulier, postquam hi cum mariti nummis *permixti* sunt, ut *discerni non possint*, illorum dominium ad maritum pleno iure pertinere: & si distracti sint, nec dominium, nec vxorem, ne quidem *tacitae hypothecae privilegio*, individua nummorum persequi posse, aut illa repetere a tercio possessore, cui a marito exsolui sint, sed soluto matrimonio tantundem recuperaturam a marito. Ita enim IAVOLENVS tradit, l. 78. D. de solut.

In his igitur rebus, expeditum est, nihil iuris, praeter repetitionem eiusdem generis & quantitatatis, vxorem retinere: ideoque parum abest quin *onera vxoris* ad maritum, propter dotem rerum *fungibilium*, quas iure plenissimo acquirit, non pertinere videantur.

Sed ita quidem de dote rerum *fungibilium* habendum est. In speciebus & rebus *immobilibus* inprimis paullo adstrictior mariti & potestas, nisi *aestimatas* & certo pretio definitas, venditionis causa, vxor dederit marito.

PAPINIANVS enim docet, res *aestimatas*, marito traditas & in dotem datas, quamuis illas in usu habeat mulier, iure domini confestim peruenire ad maritum, l. 69. §. 8. D. de iure dotium, quod & VLPIANVS l. 7. §. 3. & l. 9. §. 1. D. eod. comprobauit. Contra, si *non aestimatas* sponsa dederit, *fundus dotalis* quidem *in bonis est mariti*, sed *dominium vxoris* quod ait TRYPHONINVS l. 75. D. de iure dotium. Imo vero explicatius IUSTINIANVS l. 30. C. eod. legum duntaxat subtilitate fingi, ait, quod haec talia ad *maritum* transire videantur, sed, si rei *veritatem* cogitemus, *naturaliter* illa in *vxoris dominio* manere, & soluto matrimonio ab ipsa *vindicari posse*. Ex hac causa fere SABINVS docuit, dotem *mulieri* *acquiri*, l. 33. f. D. de iure dotium, & VLPIANVS, res *in aestimatas* meliores & deteriores fieri mulieris lucro, & periculo, l. 10. pr. D. eod. & alio loco, dotem, soluto matrimonio, *quasi proprium vxoris patrimonium* videri. l. 16. D. de relig. & sumt. fun.

Quae cum ita sint, *quo iure onera* de quibus PAVLLVS in lege nostra 72. D. de iure dotium, tantisper dubitauit, marito imponemus?

Sive

Siue enim *quantitatis* acceperit, siue etiam *species*, sed *aestimatas*, *dominium* illarum *irreuocabiliter*, adeoque titulo fere singulari, adquisiuit: siue corpora quaedam *non aestimata* ipsi data fuerint, res *naturaliter* manserunt in *dominio uxoris*. Verum enim vero, quid causae cogitari potest, cur propter res *suas*, quas dotis titulo plene adquisiuit, suscipiat *onera uxoris*: aut, cur propter res dotales *non aestimatas*, quae vere in *dominio* permanent, ipse *oneribus* respondeat, quae ad uxoris incommoda videntur pertinere?

Nimirum, ut dicamus, quod res est, distinguenda sunt *onera uxoris*, quae marito imponuntur. *Onera* enim intelligimus, quae ex *necessitate iuris* praestanda sunt, inprimis *aes alienum* a muliere contractum: & de his quidem etiam PAVLLVM in lege nostra, quam tractamus, sensisse, ex ipso responso eius intelligitur, in quo *aeris alieni* fecit mentionem, d. l. 72. in fine. D. de iure dotium.

Sed *aes illud alienum*, & omnia debita, quae *necessario* praestantur, vel *ante matrimonium* a muliere contracta sunt, vel *postea* enascuntur, postquam vxor, secutis nuptiis, res dotales *tradidit* marito. Et prius quidem de illis videamus, quae *ante matrimonium contracta sunt*. De his autem expeditum est, *maritum*, propter acceptas res dotales, *non teneri*. *Quantitates* enim, ut dicere occupauimus, & *res aestimatas* titulo fere singulari & *pleno iure* adquisiuit: *non aestimatae* naturaliter in *dominio uxoris* permanent, & soluto matrimonio, ad ipsam reuertuntur.

Igitur, *quaecunque* tandem *res in dotem datae* fuerint, *generaliter* verum est, quod PAVLLVS ait, *maritum, quasi heredem*, a creditoribus uxoris *non posse conueniri*. l. 72. pr. D. de iure dotium.

Itaque dicemus, de *aere alieno ante matrimonium* contracto *maritum* non teneri. Luculenter enim GAIVS noster praecipit, ne illa quidem debita, propter quae fundus dotalis *hypotheca* oneratus est, a marito exsoluenda esse, sed neque ipsum, nec heredem eius, compelli posse, ut fundum dotalem liberet. l. 15. D. de iure dotium.

Cetera vero, quae *in ipso matrimonio* nascuntur, & opem *praesentem* postulant, a marito non solum *uxoris*, sed etiam *sui causa*, ut vxor ipsi sit integrior ornatioque, impenduntur. Imo vero sentiet, quod P. TERENTIUS ait, o)

Quantum deuenierit ad ipsum mali.

Non dicam de uxoris *funeratione*, de qua, si PAPINIANVM audiamus, vir solus conuenitur, ut de dote praestet sumtus funeris, illosque deinde imputet mulieris heredi, ad quem dos deinceps reuertetur. l. 17. D. de religios. & sumt. fun.

H 3

Prae-

o) TERENT. heautont. act. IV. sc. V. v. 2.

Praeterea impensas, quas ipsae res dotales illarumque *refectio necessitate* quadam postulant, interim erogat maritus: sed per illas etiam ipsam dotis substantiam *minuit*, ut, cum dos repetitur, si impensae pretium fundi superent, *fundus omnino desinat dotalis esse*: quod SCAEVOLA & PAVLLVS obseruarunt. l. 56. §. 3. D. de iure dotium.

§. VI.

Dotis titulus non uniuersalis, sed singularis est. Maritus fundum dotalem aestimatum potest minori pretio emere. Dos omnium bonorum est illa parte quota, quae dotis substantia & aestimatione continetur, heres uniuersitas. Maritus tamen, qui illam accipit non est heres nec a creditoribus eius conueniri potest.

Maritus igitur vxoris oneribus respondet, quae praesens necessitas de- siderat, & in fundum dotalem omnia impendit, quae si non praestarentur, res peritura aut deterior futura esset, quod PAVLLVS docet. l. 79. §. 1. D. de verb. signif. Sed his quidem postremis, ut supra obseruatum est, ipsa dotis substantia non solum *minuitur*, sed aliquando etiam consumitur. l. 56. §. 3. D. de iure dot.

Quanquam vero dotes, uti diximus, ipso iure necessariis impensis *minuuntur*, quod in *uniuersitatibus rerum* semper usu venit; noli tamen existimare, quod dos ipse, ad *maritum titulo uniuersali* transeat, quasi pro bonorum est illa parte quota, quae dotis substantia & aestimatione continetur, *heres uniuersitas vxoris suae* factus esse videatur.

Neque enim maritus, quamuis ex toto patrimonio centum sestertium, quod vxor possidet, viginti quinque acceperit, vxori *ex quadrante heres* factus esse censebitur, neque a creditoribus mulieris, tanquam *heres ex quadrante*, efficaciter conuenietur.

Non ignoro, a quibusdam serio id actum esse, ut ostenderent, *dotem*, quae sit *quasi separatum patrimonium vxoris*, quo non solum commoda & iura sed etiam *onera* contineantur, *per uniuersitatem* ad maritum peruenire. Videntur enim decepti esse verbis PAVLLI, qui l. 1. §. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom. fundum dotalem aliquando *per uniuersitatem* transire, docuit: ideoque arbitrantur aestimandum esse, *quota pars* patrimonii vxorii rebus in dotem datis, & fundo dotali maxime, contineatur, ut pro illa parte *oneribus vxoris* respondere *aesque alienum*, ab ipsa ante nuptias contractum, durante matrimonio, maritus exsoluere cogatur.

Verum enim vero, pignore certarem, nunquam PAVLLO in mentem venisse, quod fundus dotalis semper *per uniuersitatem* ad maritum transferatur. PAVLLVS, in illis legibus, quas modo attigimus, non tractauit, quo iure *maritus* fundum dotalem *acquirit* ab vxore; sed hoc duntaxat disputat, an *alienare* aut transferre possit res vxorias maritus. Et hoc quidem negat, ex communi omnium opinione. Vnum tamen monet, aliquando euenire, ut fundus dotalis, quem maritus *titulo singulari* adquisiuerat, si ipse moriatur, *per uniuersitatem*, ad *heredem eius*, (qui *titulo uniuersali* successerit marito) transeat, sed cum suo tamen iure, ut alienari non possit

ab herede. Hanc mentem PAVLLI esse, ex ipsis verbis luculentis legis l. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom. intelligitur.

Igitur ad maritum quidem *fundus dotalis* non transit per *uniuersitatem*, sed ad heredem eius, inter reliquas res hereditarias, *uniuersali titulo* transfertur, donec ab vxore repetatur.

Et qui possit defendi, maritum ab vxore dotem *uniuersali titulo* accipere, id est, cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod antea contractum sit, cum ne quidem *hypotheca* fundum dotalem liberare teneatur. l. 15. D. de dote praeleg. quod supra ex responso GAIJ a nobis comprobatum est. Imo vero in dote *aestimata* inprimis, certum est, *venditione* quaedam dominium adquirere maritum. Quamuis enim *minoris* ab vxore emerit, si non *donandi* animo hoc factum sit, etiam constante matrimonio, secundum POMPONIVM, venditio subsistit. l. 31. §. 3. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed nemo dubitat, quae *venduntur*, ad emptorem *titulo singulari* peruenire.

Quae cum ita sint, neminem VLPIANVS perturbabit, qui l. 1. §. 4. D. de dote praeleg. dotem, ait, impensis necessariis ipso iure minui: sed hoc non ad *singula corpora*, sed ad *uniuersitatem*, referendum esse. Enimvero posset dubitari, utrum VLPIANVS, qui *dotem*, tanquam *uniuersitatem*, corporibus *singulis* opposuerit, de titulo *uniuersali*, quo *dos* ad maritum perueniat, cogitasse videatur. Sed primo obseruandum est, VLPIANVM non de illis dotibus, cum res *singularis*, ut fundus, aut species quaedam, nuptiarum causa affertur ad maritum, sed de his duntaxat, cum res plures, aut etiam corpora *integra*, quae constant ex *diuersis capitibus*, in dotem dantur, tractauisse. Deinde, si etiam *uniuersitates* quaedam, ut greges, aut merces in taberna, marito, dotis causa, tradantur ab vxore, non omnis *uniuersitas uniuersali titulo* transfertur cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod alius contraxit. Videmus quotidie a priuatis greges, aut merces in taberna, aut alias quascunque *uniuersitates vendi* per *auersionem*, neque tamen emptorem onerari *aere alieno*, quo venditor sit obligatus, sed *uniuersitatem titulo singulari* transire ad emptorem.

Speciosius paullo & veresimilius fingi posset *uniuersalis* quidam *titulus*, si *tota* quaedam *species bonorum*, ut *omnes res mobiles*, aut omnia etiam *bona*, marito in dotem dentur ab vxore. De bonorum enim appellatione AFRICANVS docet, illam, sicut *hereditatem*, non res *singulas*, sed *uniuersitatem* quandam & *ius successionis* demonstrare. l. 208. D. de verb. signif. ad quem locum diuinus ille ALCIATVS p) copiose commentatur.

Verum enim vero, ne *bona* quidem, quamuis *uniuersitatem* notent, semper titulo *uniuersali* transferuntur, aut *ius successionis* comprehendunt, quam

p) ALCIAT. ad l. 208. D. de verb. signif. op. T. II. p. 1080.

quamvis appellatione *bonorum*, in materia *successionum*, de qua *AFRICANVS* libro IV. *quaestionum*, vnde l. 208. D. de *verb. signif.* desumpta est, imprimis tractauit, frequentissime vtamur. Nimirum, vt alia taceam, multum interest, vtum *pars bonorum*, an *pars hereditatis*, relinquatur. Ad hanc omnia augmenta, quae etiam postea accesserunt, pertinere expeditum est, sed *bona*, postquam dies cecidit, non facile capiunt augmentum: quod idem *ALCIATVS* q) obseruat.

Imo vero, quomocunque haec existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Illud certum est, *non posse maritum a creditoribus uxoris conueniri*. Neque enim ipse creditoribus vel ex *delicto*, vel ex *contractu* obligatur, quamvis *bona omnia* uxoris acceperit in dotem. Neque in ipsum *quasi in heredem* dabitur actio, quum *uiuentis uxoris nulla hereditas* intelligatur. Luculenter *PAVLLVS* noster negat, maritum, si mulier *bona omnia* in dotem dederit, *ab eius creditoribus conueniri posse*, neque ipsum teneri *oneribus uxoris viucae respondere*, *quasi per dotem bonorum omnium*, uxoris suae, adhuc superstitis, heres factus esse videretur, l. 72. pr. C. de *iure dotium*. Neque minus aperte *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* l. 27. D. de *iure dotium*, praecipiant, etiamsi dos apud maritum, soluto matrimonio, ex pacto, remanserit, tamen maritum non recte conueniri, *ut heredem*.

§. VI.

Dos omnium bonorum Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ne ex *omnium* quidem *bonorum dote maritum*, ad *aes alienum uxoris viucae exsoluendum*, conueniri posse. Sed vna obstat difficultas, ne actione *Pauliana* teneatur, si *uxor obaerata*, in *fraudem creditorum*, *bona omnia* marito in dotem dedisse videatur. Enimvero, explicare *IULIANVS* l. 17. §. 1. D. *quae in fraud. credit.* quamvis non proponatur debitor *consilium fraudandi creditoribus habuisse*, tamen, ait, si *uniuersa bona sua alienauerit*, cum scierit, se habere creditores intelligendum esse, *fraudandorum creditorum consilium* non omnino *habuisse*: ideoque, illum, qui *bona uniuersa* acceperit, quamvis *ignorauerit* hanc mentem debitoris, nihilofecius *PAULLIANA* actione *creditoribus teneri*. Imo vero *VLPIANVS* l. 1. §. 2. D. *quae in fraud. credit.* *omnem omnino contractum*, & *omnem alienationem*, quae *fraudandorum creditorum causa* fiat, edicto praetoris, ait, contineri. Et luculentius idem *VLPIANVS*, alio loco, *dotem ab uxore*, in *fraudem creditorum con-*stitui non posse, docet, ideoque ex edicto fraudatorio actionem dari, ad *dotem repetendam* l. 10. §. 14. D. *quae in fraud. credit.* Vt taceam, quae *donandi animo* in quemquam transferuntur, si *bona creditoribus non sufficiant*.

q) *ALCIAT.* loc. cit.

cient, etiam ab ignorante vindicari posse, vt *lucrum*, quod ad ipsum, cum damno creditorum, peruenisse videatur. l. 6. §. 11. D. *quae in fraud. credit.* Sed constat, *dotis constitutionem* subinde cum *donationibus* conferri. l. 20. C. de *donat. propt. nupt.*

Sed salua res est marito innocenti, qui *dotem omnium bonorum* accepit ab uxore. Nimirum titulo *oneroso*, id est, ad sustinenda onera matrimonii, dos omnium bonorum censetur acquisita a marito: & haecenus nihil commune habet cum *donatione*. Hoc enim & IUSTINIANVS videtur agnouisse, Nou. CXIX. c. 1.

Sed in his negotiis, quae cum *onere* coniuncta sunt, diligenter tradit VLPIANVS, quamuis ille, qui dederit, animum *fraudandi* habuisse videatur, accipientem tamen, si *fraudem* ignorauerit, edicto non teneri. l. 6. §. 8. & l. 10. §. 2. & 4. D. *quae in fraud. credit.* Sed omnium curatissime VENULEIVS l. 25. §. 1. D. *quae in fraud. credit.* a marito, *fraudem* ignorante, dotem, quae consilio *fraudandi* creditores ipsi data fuerit, non posse *reuocari*, praecipit, cum alias maritus mulierem *indotatam* & *aere alieno* obligatam non ducturus fuisse videatur.

Imo vero, secundum VLPIANVM, *fraus non praesumitur* in dote constituta. Luculenter enim ille, si libertus *filiam* dotauerit, hoc ipso, quod *dotauit*, non videri, ait, patronum *fraudauisse*: quum *pietas* patris, (& uxoris) non reprehendenda videatur. l. 1. §. 10. D. *si quid in fraud. patron.*

Quid, quod ne *litigiosa* quidem, si *dotis* causa data sint marito, propter magnum fauorem dotium, tanquam litigiosa reuocentur: quod IMPERATOR tradit l. 4. §. 1. C. de *litig.* vt appareat omnia alia in *dotibus*, quam *fraudandi* consilium, praesumi. Igitur mariti etiam creditores ne illa quidem, quae in *sponsam* donationis gratia collata sunt, PAVLLIANA actione reuocabunt, cum mutua & reciproca illorum pietas intelligatur, qui de nuptiis futuris conuenerunt. l. 13. C. de *donat. propt. nupt.*

Sed *fisco* tamen, ex debito ante nuptias contracto, iure pignoris dari *reuocationem* rerum, quas uxor in *dotem* dedit, GORDIANVS docet, quamuis ignorauerit maritus uxoris obligationem. l. 6. C. de *iure fisci.* Idem etiam DIOCLETIANO in specie non dissimili placuit, vt *caussa primipili* & *utilitas* publica *causae dotis* praeferatur. l. 3. & 4. C. de *primipil.*

Extra has species, quas proxime commemoravi, frustra creditores, ius reale non habentes, *dotem* a marito ignorante reuocabunt. l. 2. C. de *reuocand. his quae in fraud. credit.*

Vnum attinet monere, *volentem* maritum non prohiberi, quo minus, *aeris alieni* exsoluendi causa, *dotem* restituat uxori: quod PAVLLVS & VLPIANVS tradiderunt. l. 21. & l. 22. D. *solut. matrim.*

Neque enim *donasse* vxori videbitur maritus, qui illam maluit, honestatis causa, aere alieno liberari. Sed obseruat tamen IULIANVS, in fraudem reliquorum creditorum, tempore minus opportuno, dotem efficaciter non reddi posse vxori a marito. l. 17. §. 2. D. *quae in fraud. credit.*

§. VII.

Bona omnia in dotem data non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Ma-
Satis, credo, disputauimus, maritum, nisi sciens, in fraudem creditorum, ab vxore obaerata dotem acceperit, a creditoribus vxoris efficaciter non conueniri.

Sed & illud tamen non dissimulandum est, secundum PAVLLVM atque IAVOLENVM l. 39. §. 1. & l. 83. D. *de verb. signif.* l. 2. D. *de collat. bon. ritus quidem bona omnia* nihil continere, nisi, *quod supersit, deducto aere alieno.*

a creditoribus vxoris conueniri non potest. Quid ergo faciemus de marito, cui vxor obaerata tradiderit omnium bonorum, quae nisi deducto aere alieno non intelligetur?

Subobscurum quidem PAVLLVS noster in lege proposita LXXII. D. *de iure dotium.* maritum, quasi heredem, a creditoribus vxoris non posse conueniri, sed non plus tamen esse in promissione dotis bonorum omnium, quam quod supersit, deducto aere alieno.

Sed res disputatione non indiget, si dos omnium bonorum promissa sit quidem, sed nondum tradita & numerata, vxorem deducere aes alienum an-
Etum. Exe- cutio etiam contra ipsum recte decernitur.

Sed, quomodo consulamus creditoribus vxoris, postquam translata est dos omnium bonorum ad maritum, quem ipsi conuenire non possunt?

Nimirum res ipsa ostendit, vxorem duntaxat, quamuis pauperem, & rebus omnibus translatis, ad egestatem propemodum redactam, non autem maritum, a creditoribus vxoris recte conueniri. Sed vxor, cum bonae fidei exceptio ipso iure insit iudicio de dotibus, quod supra ex l. 21. D. *soluta matrimonio*, probatum est, vxor, inquam, beneficio restitutionis in integrum, a marito ex bonis omnibus tantum repetere poterit, quantum ad necessitatem aeris alieni exsoluendi pertinebit. l. 9. §. 1. D. *de minor.* l. 6. §. 2. D. *de iure dotium.* Imo vero creditores, si vxorem conuenerint de debito, & vicerint instituta actione, quasi ex iure cesso vxoris, eiusque voluntate, missionem in bona vxoris, quae ad maritum, dotis nomine, translata sunt, a praetore impetrabunt.

§. VIII.

Dos omnium bonorum in officiosa a liberis vxoris Sed his quidem remediis creditores suum consequentur ab vxore, quae bona omnia in dotem dedit marito. Expeditius remedium liberis prioris patrimonii suppetit, in quorum fraudem vxor bona omnia in maritum videtur debetur

debitur transtulisse. CONSTANTINVS enim l. vn. C. de inoffic. dotibus. ^{reuocatur.} praecepit, cum omnia bona a matre in dotem exhausta sint, liberis ad exemplum inoffic. testamenti, aduersus dotem immodicam, exercendae actionis ^{Ex re singu-} copiam omnino tribuendam esse. ^{lari quae}

Ideoque non dubito, ne spurijs quidem, secundum VLPIANVM, ex ^{marito cum} cludi a dote inofficiosa impugnanda, l. 29. §. 1. D. de inoff. testam. Imo ve- ^{dote omnium} ro liberi, etiam post dotem constitutam nati, habebunt, cur de legitima ^{bonorum} bonorum parte, sibi per dotem omnium bonorum interuersa, conquerantur. ^{vendita est} ^{aes alienum} ^{uxoris non} ^{exsoluitur.} ^{Vxor, quae} ^{fraudulenter} ^{dotem obae-} ^{raturam mari-} ^{to dedit} ^{actione in} ^{factum tene-} ^{tur.} ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.}

Ita quidem liberis uxoris satisfiet. Ceterum, si maritus, praeter do- ^{fraudulenter} ^{dotem obae-} ^{raturam mari-} ^{to dedit} ^{actione in} ^{factum tene-} ^{tur.} tem bonorum reliquorum, titulo singulari oneroso, cum incommodis & ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} oneribus quibusdam, vt venditione vel permutatione, fundum aut speciem ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} quandam ab vxore acceperit, certum est, hunc fundum & hanc speciem ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} plenissimo iure transire ad maritum.

Igitur faciamus, vxorem aedes suas sponso cum onere insigni vendidisse, ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} sed pactum adiecisse, vt reliqua bona omnia, dotis nomine, ad ipsum per- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} venirent. Expeditum est, uxoris creditores non posse a marito exigere, ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} vt ex aedium aestimatione ipsis satisfiat. Sed aedes titulo singulari adquisitas ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} sibi habebit, propter onera, maritus: ex his autem, quae superfuerint, aes ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} alienum creditoribus exsoluet. Enimuero, quod supra, indicauimus, ge- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} neraliter maritis permittitur, etiam viliori pretio, ab vxoribus bona fide ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} emere, quae ad ipsarum patrimonium pertinent, dummodo suspicio dona- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} tionis diluatur. l. 31. §. 3. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed nulla dona- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} tionis est suspicio, cum de oneribus matrimonii & de dotibus constituendis ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} contrahitur inter virum & vxorem.

Extremo, non omittendum est, propter sanctitatem bonae fidei, qua ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} dotis causa regitur, si dolose vxor rem aere alieno oneratam in dotem de- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} derit marito, actionem in factum aduersus perfidam vxorem competere ma- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} rito. Ita SEVERVS & ANTONINVS docuerunt. l. 1. C. de iure dotium. ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} Sed LABEO hanc actionem temperauit, ne vel vxor, vel etiam socer, si dote ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} non idonea promissa induxerint & deceperint generum, aut maritum, nisi ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} in quantum facere possint, id est, quod nostri aiunt, saluo iure competen- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} tiae, omnino condemnentur. l. 84. D. de iure dotium.

§. IX.

Sed, vt intelligatur, ne in nostris quidem foris maritum, propter do- ^{Species sin-} ^{gularis pro-} ^{ponitur.} tem bonorum omnium acceptam, a creditoribus uxoris viae conueniri ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} posse, adiciam speciem singularem, quam cum iudicarent Scabini Vitem- ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} bergenses, mense Iunio, anni praeteriti, in illam sententiam, quae adhuc ^{arg. l. 8. C. de reuocand. donat.} a nobis disputata est responderunt. Proponebatur, Gellium duxisse vxorem

Crispillam, cum qua ipsi pessime conueniebat. Ita enim animi coniugum iris & indignatione accensi erant, vt iudex ecclesiasticus causam inuenerit, cur illos *a thoro & mensa*, quod aiunt, *separaret*. Sed antequam nuptiae contraherentur, magnis, vt fieri solet, studiis alter de altero mereri, & mutuis officiis amores mutuos accendere laborauerant. Primum *sponsa sponso aedes*, quas possidebat, adhibito alio curatore, coram iudice rei sitae, certo pretio constituto, *vendiderat*, sed cum onere *aeris alieni*, quo fundus obligatus erat, *exsoluendi*. Omnes enim creditores suos se ipsi *indicare simulauerat*, quibus se satisfacturum promiserat Gellius ille, sponsus. Magistratus etiam dominium aedium solenni inuestitura, petente Crispilla, in Gellium transtulerat. *Adiecerant* huic venditioni *paetum*, vt, quandoquidem de nuptiis inter Crispillam & Gellium conuenisset, *omnia Crispillae reliqua bona*, praeter aedes ipsi venditas, ad sponsum *dotis* nomine omnino peruenirent. Vtrique etiam de *successione mutua* seu *reciproca*, si absque liberis morentur, fidem dederant. Sed, vt dicere occupaui, non diuturna in eis illos gratia fuerat. Post separationem a thoro & mensa Gellius Crispillae utensilia, & cetera, quae ad vltimam vitae necessaria videbantur, praestare coactus erat ab ecclesiastico magistratu. Tandem expergiscebatur Iauolenus, quem inter creditores suos, cum dotem omnium bonorum constitueret, non nominauerat Crispilla. Hic quidem, Crispillam sibi aere alieno obstrictam esse, contendebat, & solutionis impetrandae causa, aduersus Gellium, Crispillae maritum, processu *executiuo* ex Crispillae chirographo experiebatur. Gellius negabat, se a creditoribus vxoris, de aere alieno vxoris viucae ante nuptias contracto, conueniri posse. Ideoque repellebatur Iauolenus ab actione contra Gellium maritum instituta. Et recte quidem, mea sententia, cum auctoritas PAVLLI defenderet maritum, l. 72. D. de iure dotium.

Iauolenus, cum aliud consilium non suppeteret, Crispillam ipsam, quamuis, ob bona omnia ad maritum allata, pauperem & rerum omnium egentem, conueniebat. Illa debitum agnoscebat, sed bona sua apud maritum esse indicabat. Quid igitur faceret Iauolenus a marito iam repulsus? *Implorabat officium iudicis*, vt *missio in bona*, id est *executio in bona* a Crispilla in Gellium dotis nomine translata, inprimis in aedes Gellii, absque ambagibus decerneretur. maxime, cum *dos omnium bonorum in fraudem creditorum* constituta videretur. Iudex, quantum memini, audiendum esse antea omnia Gellium censebat. Gellius in ius vocatus, aedes se *emisse*. & *titulo singulari oneroso* adquisiuisse, Iauoleno opponebat, praeterea negabat, se in *fraudem creditorum* dotem *omnium bonorum* a Crispilla accepisse. Icti Lipsienses actori *probationem* iniungebant. *Non apparebat*. Gellium sciuisse *consilium fraudis* a Crispilla commissae, quae ipsi reliquos creditores indicauerat, dissimulato Iauoleno. Igitur *Scabini Vitembergenses*, vt dixi,

dixi, iudicauerunt, nihil de *fraude* probatum esse, actione *PAVLIANA* aedes ex illis rationibus, quae supra §pho V. & VII. adductae sunt, reuocari non posse a marito: cum illarum dominium, titulo singulari & oneroso, ab uxore obaerata ad ipsum *fraudis ignarum* sit translatum. Sed ex reliquis *bonis*, quae *nisi deducto aere alieno non intelliguntur*, inprimis propter *bonam fidem*, *animam* illam iudicii *de re uxoria*, de qua §pho I. II. III. & IV. exposuimus, visum est, Iauoleno satisfieri debere, & missionem in reliqua bona, quae a Crispilla ad ipsum peruenerant, deductis antea *impensis* quae dotem ipso iure *minuunt* & §pho IV. a nobis explicatae sunt, decernendam esse.

Adiiciam ipsam formulam responsi:

Daraus soviel zu befinden, daß Beklagten Principal' zuörderst dasjenige, so sein Ehe-Weib, Anna Maria H. an Baarschaft, Mobilien, pretiosis, auch aussenstehenden Schulden und andern Sachen, ausser dem ihm eigenthümlich überlassenen Hause, und denen Stücken, so er bereits ausgeantwortet, ihm würcklich zugebracht, oder in seinen Nutzen verwendet, vermittelst Endes zu specificiren, und daferne sodann von ihrem Vermögen, nach Abzug desjenigen, so er bey Einlösung eines oder des andern Stücks entrichten müssen, und er ebenfalls endlich anzuzeigen hat, noch etwas übrig bleibt, des beschehenen Einwendens ungeachtet, das libellirte Capital derer 250. Thlr. nebst denen libellirten Zinsen, so viel er daran durch richtige Quittungen zu vermindern nicht vermag, von solchem Ueberreste, in so weit dieser hierzu hinlänglich, Iauoleno zu bezahlen schuldig, dahingegen der letztere im übrigen dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie Recht nicht erwiesen, derowegen Beklagter in so weit von der erhobenen Klage zu entbinden, die beyderseits aufgewendeten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. B. R. R.

Res erit luculentior ex rationibus adiectis.

Obwohl eines Theils Kläger, daß Beklagter seines Ehe-Weibes sämmtliches Vermögen, mithin auch das libellirte Haus, titulo lucratiuo an sich bracht, demnach auch seines Ehe-Weibes vor der mit ihr getroffenen Ehe gemachten passiv Schulden, zumahl da dieselbe diese letztern, nach Klägers eignem Geständniß, gefährlicher Weise verschwiegen, schlechterdings bezahlen müsse, vorwendet, andern Theils Beklagter den über den 83. 84. und 85ten Beweis, Articul ihm deferirten End fol. 177. Vol. No. 1. geschworen, und dadurch, daß Er von denen in solchen Articula specificirten Sachen, einigen Genuß nicht gehabt, bereits erhalten, daher. daß derselbe mit dem ihm zuerkanten Ende zu verschonen, es das Ansehen gewinnt,

D. a. d. aus der fol. 23. seqq. Vol. III. befindlichen Ehe-Stiftung und deren Erläuterung, daß Beklagter seiner Ehe-Frau, gegen das von derselben ihm zugeschlagene Vermögen, alles das seinige auf den Todes-Fall gleicher Gestalt verschrieben, auch nicht allein die onera matrimonii, sondern auch die auf dem Hause haftenden Schulden übernommen, sich veroffenbaret, hiernächst Beklagter das von seiner Ehe-Frau herrührende Haus, zu einer Zeit, da sie freye Disposition über das Ihrige gehabt, mit obgedachten nicht geringen Beschwerden, wirklich in zehn und Würden bekommen, demnach, daß Er solches titulo lucratio erhalten, nicht behauptet werden mag, daher Kläger daran einigen Anspruch zu machen um so viel weniger berechtiget, als aus denen Acten, daß Beklagter von der libellirten Schuld-Post, bey Uebernehmung dieses Hauses etwas gewußt, und Klägern dadurch um seine Forderung zu bringen gemehnet gewesen, kein hinlänglicher Verdacht entstehet, vielmehr das Gegentheil, da, ausser dem Hause, noch verschiedene pretiosa und andres Vermögen vorhanden gewesen, allerdings zu vermuthen, ausserdem, daß die von Beklagtem geschehene Gegen-Verschreibungen nur ein Schein-Handel gewesen, und Beklagter nichts in Vermögen gehabt, aus des Beweis-Zeugen Aussage fol. 87. b. seqq. nicht erscheinet, sondern daß er von Vermögen nicht ganz entblösset gewesen, aus dem, nach des Zeugens Deposition ad art. 40. fol. 88. ihm gegebenen Credit, und da sein Ehe-Weib mit diesen Gegen-Versprechen wohl zu frieden gewesen, nicht ohne Grund geschlossen werden kan, folglich derselbe von seinem wohlgewonnenen Eigenthum, die von seinem Ehe-Weibe vor der Berehligung gemachten Schulden zu bezahlen, nicht verbunden, dahingegen Beklagter von seines Ehe-Weibes übrigen, ihm überhaupt zugeschlagenen Vermögen, ein mehreres, als nach Bezahlung derer Schulden übrig geblieben, nicht an sich bringen können,

l. 72. D. de iure dotium.

folglich auch die libellirten Schuld-Posten von dem Ueberreste, dessen Betrag durch den geschwornen Eyd noch nicht in Gewißheit gesetzt worden, und ohne endliche Specification nicht wohl ausfindig zu machen, zu bezahlen sich nicht entbrechen, gleichwohl, da Klägers Suchen zum Theil ungegründet, zu Erstattung derer Unkosten nicht angestrenget werden kan.

So ist, als im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt worden.



LVI.

DE VENDITIONE RERVM

C V M

FVNDQ ADHVC COHAERENTIVM.

AD L. XXXX. D. DE ACT. EMPT. VENDIT.

VITEMBERGAE, DIE APRIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

L. XXXX. D. de action. empti venditi.

POMPONIVS L. XXXI. ad Quint. Mucium.

QVINTVS MUCIVS scribit: Dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat, & pro his pecuniam acceperat, & tradere nolebat. Emptor quaerebat, quid se facere oporteret, & verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae: POMPONIVS: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo, & ideo, ut dominus, suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit, sed ex empto habet actionem.

§. I.

Nullae omnino, quod M. TVLLIVS ait, elegantiores & certiores sunt, deliciae ac iucunditates, quam quas ipsa nobis natura apparuit. Earum enim sensu quisquis attingitur, intelligit, diuino beneficio haec deliciae nobis obiecta esse, quibus dolores nostri & humanae conditionis incommoda permulceantur. Enimuero, si CATVLLVM

Hoc est, quod unum est, pro laboribus tantis.

Romani quidem inter naturalia oblectamenta loca praecipuo arbores, non solum utilitatis & fructus, sed maxime amoenitatis, causa habuerunt. PIANVS certe inter dulcissimas praediorum dotes commemorat, si viridia habeant, & gestationes, & deambulationes arboribus infructuosas operas & amoenas, quae non permutandae sint cum illis, quae ad reditum spectare videantur, l. 13. §. 4. D. de usufruct.

Neque

a) CIC. de senect. c. 15.

b) CATVLL. carm. XXXII. v. II.

Neque tamen *inanem* hanc esse voluptatem PAVLLVS iudicat, sed etiam *fructuarii*, propter voluptatem & gestationem, interesse, ait, ne *arbores*, quamvis *non frugiferae*, a quoquam temere caedantur; cum *amoenitas* maxima ex huiusmodi *arboribus* praestetur. l. 16. §. 7. D. *quod vi aut clam*.

Ipsa quidem vox naturae commendat illos agricolarum diuitias, in quibus CATO, apud M. TVLLIVM, *incredibiles iucunditates* inesse arbitrat, c) & laudat simplicissima illa gaudia,

— — & frigida tempe,

Mugitusque bouum, mollesque sub arbore somnos, d)

& P. VIRGILIUS MARO beatissimum fuisse censet illum senem Corycium,

— — cui pauca relictæ

Iugera ruris erant; nec fertilis illa iuuenicis

Nec pecori opportuna seges, nec commoda Baccho,

sed inter alias *amoenitates*, sylvae erant, & inprimis

— — *tiliae*, atque *uberrima pinus*, e)

Denique, ut rem paucis comprehendam, COLVPELLA f) auctor est, *curam arborum* rei rusticae *partem maximam* videri. Imo vero bene, non solum in praesenti, sed etiam de futuro tempore, mereri credebatur ille, qui *arbores* fereret, posteritati profuturas. Ideoque recte CAECILIUS STATIVS in Synephebis g) apud MARCVM TVLLIVM h) laudabat senem illum, qui iam decrepitus, sed operi faciundo tamen maxime intentus, cum a quibusdam derideretur, respondisse ferebatur,

Se arbores ferere, quae alteri seculo sint profuturæ,

ut ostenderet, etiam postera secula ad se pertinere, &, quamvis ipse baccam ex illis, quas ferebat, arboribus nunquam adspecturus esset, satis se habere, quod Diis immortalibus operam praestaret, ex quorum voluntate *posteris* utilior reddendus esset fundus, quem ipse accepisset.

Illud expeditum est, non placuisse villam veteribus, quae non *nemus* aliquod aut saltum *arboribus* obsitum haberet in propinquo. Haec talia enim & VARRO i) & COLVPELLA k) inter utilitates maximas villarum & praecipua ornamenta posuerunt. Sed apertius PAPINIANVS, l. 58. D. de

c) CIC. in Catone maiore de senectute c. 15. & 17.

d) VIRG. georg. II. v. 471.

e) VIRG. georg. IV. v. 128. sqq.

f) COLVPELL. de R. rust. L. III. c. 1.

g) STATIVS in Synephebis, apud CIC. L. I. tuseul. disput. c. 14.

h) CIC.

loc. cit. & in Caton. mai. c. 7.

i) VARRO de re rustic. l. III. c. 3. 12. & 13.

k) COLVPELL. de re rustic. l. IX. c. 1.

de *contrah. emt.* quosdam fundos, *contemplatione arborum* duntaxat, ab emtoribus subinde comparari, ait, ut, si arbores vento deiectae, vel igne etiam ante venditionem absumtae sint, fundi emptio non recte contracta videatur. l. 58. D. de *contr. emt.* Neque hoc aliquis miretur, inprimis qui cogitauerit *caritatem arborum*, in illis regionibus, in quibus, cum alia deessent, quod *VLPIANVS* ait, etiam virgae, nuclei oliuarum, balani, & varia rerum genera, quae comburi possent, pro *lignis* erant, quibus ad ignem faciendum vterentur. l. 55. §. 2. D. de *leg. 3.*

Igitur, cum tantum monumentum esset in *arboribus*, venditio fundi nulla erat, si *arbores* antea *deiectae* essent, *quarum contemplatione fundus emebatur*. Solemus enim aliquando, si *PAVLLO & POMPONIO* fides est, fundos non tam propter se, quam propter *accessiones*, emere, quibus interdum pars maxima fructus & iucunditatis continetur. l. 34. pr. D. de *contrah. emt.* & l. 33. D. de *aedil. edict.* ^{l)}

Enimuero *arboribus* quidem certe mirifice augeri pretium fundi veteres credebant. Igitur si illarum in fundo copia non esset, *coemebant saltus & arbusta*, ut fundum *amoeniorem*, possiderent. l. 91. §. 5. D. de *leg. 3.* Illud *HORATIO FLACCO* ^{m)} in mentem venit, cum *DELIVM* suum de breuitate huius vitae admoneret:

Cedes *coemtis saltibus*, & domo,

Villaque, flauus quam Tiberis lauat,

Cedes; & exstructis in altum

Diuitiis potietur heres:

ut intelligatur, partem praecipuam villaticae iucunditatis in *nemore propinquo* & saltibus versari. Nimirum ipsae *domus regiae*, ut iucundiores essent, quandoque *arboribus* obtegebantur. Ita enim *VIRGILIUS MARO* ⁿ⁾ de sede *ANCHISAE*:

— — secreta parentis

ANCHISAE domus, *arboribusque obtecta*, recessit.

Quare apparet, non solum *reditus*, sed etiam *iucunditatis* & *ornamenti*, causa, *arbores* haberi. Quae si quis intelligit, non mirabitur, dominum illum *fundi*, quem *Q. MUCIVS & POMPONIVS* in l. 40. D. de *act. emt.* a nobis proposita, adducit, *poenituisse* negotii contracti, cum *arbores*

^{l)} Copiose hoc argumentum tractauit *IACOBVS CONSTANTINAEVS* ad l. 34. D. de *contrah. emt.* subtil. enotat. L. II. c. 16. in thes. *Ottonis* T. IV. p. 581.

^{m)} *HORAT.* L. II. carminum, ode III. v. 17. sq.

ⁿ⁾ *VIRGIL.* Aen. II.

v. 300.

bores stantes ex praedio vendidisset, quas *tradere* nolebat. Haec enim iactura molestissima videbatur, quae commode non posset reparari.

Nam, quae seminibus iactis se fustulit, *arbor*
Tardu venit, sevis factura nepotibus umbram. o)

Neque terribilius omen *posthumo* suo obicere potuisset HORATIVS FLACCVS, p) quam, quod ipsi occinit:

Linquenda tellus, & domus, & placens
Vxor: neque harum, quas colis, arborum,
Te, praeter inuisas cupressos,
Vlla breuem dominum sequetur.

Hoc est, quod LABEO & TREBATIVS non solum ex *l. Aquilia*, sed etiam ex *XII. tabulis*, dandam esse actionem iudicarunt, si quis *arbores furtim cecidisset*, l. 1. D. *arbor. furt. caes.* Et addit CAIVS noster, illos qui *arbores ceciderint*, aliquando tanquam *latrones* a magistratibus punitos esse. l. 2. D. *eod.* Praeterea constat, qua seueritate *nostri* etiam *sapientissimi principes* in illos animaduerti iusserint, qui manus improbas ab *arboribus stantibus* in fundo alieno non prohibuisse intelligantur. *Constit. elect. Sax. XXXVII. P. IV.*

Sed, ut reuertar ad Romanos, non exigua pars pretii, quo fundum aestimabant, in *arboribus stantibus* versari credebatur. Quod cum intellexisset IAVOLENVS, etiam illi, qui agrum *vendidisset*, nihilominus *arborum furtim caesarum* agere permisit aduersus illos, qui *caesis arboribus* ipsi pretium fundi deminuisse dicerentur. l. 12. D. *arbor. furt. caes.*

Extremo haec videbatur grauissima & molestissima coercitio vicini, qui posita *arbore* vicino *umbram* faceret, & loco non satis opportuno, positam adimere tergiuersaretur, quod vicino illam adimere & sibi postea habere, ure quiritium liceret, cum *praetor* hoc vicino permiserit. l. 1. pr. & §. 2. D. *de arboribus caedendis.*

Vides, qua diligentia Romani *arbores* custodiuerint, ut pretium fundi integrum posteritati seruarietur. Sed non omittendum est, etiam *mortuos* quandoque circa *sepulchra* *umbram arborum* desiderasse. Adducit enim PAPINIANVS quosdam, qui *intra maceriam sepulchrorum hortos* seruari voluerunt, l. 73. §. 1. D. *de contrah. emt.* & apud P. VIRGILIUM MARONEM q) extat.

Regis Dercenni terreno ex aggere *bustum*
 Antiqui Laurentis, *opaeaque ilice tectum.*

Loquun-

o) VIRGIL. georg. II. v. 58.
 Aen. XI. v. 855. sqq.

p) HORAT. II. carm. 14. v. 21 sqq.

q) VIRG.

Loquuntur etiam lapides litterati apud KIRCHMANNVM, ^{r)} quor
pedes & quanta spacia Romani desiderauerint, ad iustum modum magnifici
sepulchri: & M. TVLLIVS ^{s)} non solum apud Athenienses, sed etiam apud
Romanos lege opus fuisse docet, qua sepulchrorum amplitudo & laxitas
coerceretur. MACER etiam & VLPIANVS derident illos testatores, qui *am-
plum* quid in sepulchris aedificari iusserint, velut in circum porticationes,
aut, qui hortos, aut integrum locum sepulturae destinauerint: l. 2. §. 5. &
l. 37. D. de relig. & sumt. fun. quorum luxuriam MARCELLVS & ALFE-
NVS VARVS l. 2. D. ad l. Falcid. & l. 27. D. de condit. & demonstr. ad spe-
ciem modicam reuocauerunt. Sed de hoc quidem argumento praeses meus
alibi copiosius exposuit. ^{t)}

Discederem ab hoc loco, nisi hoc vnum mereretur obseruari, etiam
maiores nostros, si C. CORNELIO TACITO fides est, cum sedes inter se
iunctas pari non possent, sed discreti ac diuersi habitarent, plerosque, vt fons,
vt campus, vt nemus inprimis, placuisset, aedificia instituisse, ^{u)} illosque prae-
terea nemora & lucos, & proceras arbores, tanquam deorum habitacula, in-
signi reuerentia consecrauisse. ^{x)}

§. II.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, arbores stantes, quas Arbores stan-
MVCIVS & POMPONIVS in l. 40. D. de act. emt. a nobis proposita ap-
pellat, arbores stantes, inquam, quae cum fundo cohaerent, magnam par-
tem pretii & fructus & iucunditatis continere. Sed dicimus arborem stan-
tem, quae radices egit in fundo, & secundum POMPONIVM, in fundo transeunt ad
continetur. d. l. 40. D. de act. emt. Neque enim vlla proprie est arbor, possessorem.
nisi quae conceperit radicem, l. 3. §. 3. D. arbor. furt. caes. & quae terram
comprehenderit, secundum POMPONIVM & VLPIANVM l. 3. §. 4. D. eod. <sup>Arbores de-
iectae non
sunt fructus
fundi neque
ad fructua-
rium simpli-
citer perti-
nent. Quid
inter ligna
& arbores
& materiam
discriminis
interfit. Ar-
bores sylue-
stres, crema-
les. Arbores
mannu satis
opponuntur.</sup>
Quapropter de vitibus, quae radices agunt, dubitare non possumus, quin
appellatione arborum contineantur: quod & GAIUS & VLPIANO l. 1. §. 3. ad
D. de arbor. caed. & l. 2. l. 3. pr. D. arbor. furtim. caesar. placuisse video.
Neque enim disputatione res indiget, si VIRGILIVM MARONEM,
cuius, vt aliorum poetarum, magna apud Ictos auctoritas fuit, audiamus:
ille enim vites arboribus etiam decori esse, & praecipuo inter illas loco con-
stitui, ostendit: ^{y)}

Vitis vt arboribus decori est, vt vitibus vuae,

Vt gregibus tauri, segetes vt pinguibus aruis,

K 2

atque

r) KIRCHMANNVS, de funer. Rom. L. III. c. 17. & 21.
leg. c. 23.

t) Praef. de monument. secundum testatoris voluntat. faciendo, ad
L. XIV. §. 4. D. de relig.

u) TACIT. de moribus Germ. c. 16.

loc. cit. c. 10.

y) VIRG. ecl. V. v. 33.

s) CIC. L. II. de
mannu satis
opponuntur.

x) Idem

atque idem alio loco:

Non eadem arboribus pendet vindemia nostris. 2)

Vt intelligatur, *arborum* nomine veteres imprimis *vites*, ex quibus expectamus *vindemiam*, & omnia, quae radices habent, comprehendisse.

Igitur *arbores* stantes quidem appellamus, quae *radices* egerint, & *terra* contineantur, & *cohaereant cum fundo*. Sed haec talia quis non videt *fundi* esse *portionem*. Abscisse enim *GAIVS*, *rationem*, ait, id est, *iuris regulam* non permittere, vt *alterius* sit *arbor*, quam cuius in fundo radices egisse intelligatur, l. 7. §. 13. D. de *acquir. rer. dom.* Nec minus eleganter *PAVLLVS*, *arborem*, vbi *coaluerit*, *agro* *cedere*, l. 26. §. 2. D. de *acquir. rer. dom.* itemque alio loco, si quid cum re nostra *cohaereat*, illud *nostrum* esse, ostendit, l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Sed luculentius paullo *VLPIANVS*, *fundi* esse, ait, quidquid *terra se tenere videatur*. l. 17. pr. D. de *act. emt.*

Igitur dicemus, quae *cum fundo cohaereant*, pro *parte fundi* accipi, & cum fundo ad possessorem quemlibet transferri. Ita quidem *GAIVS* etiam de *fructibus pendentibus* interpretatur, vt, quia cum corpore, quod terra continetur, *cohaereant*, *pars fundi* esse videantur. l. 44. D. de *rei vindicat.* Imo vero generaliter *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* l. II. C. de *rei vind.* segetem, quae terram amplexa sit, *ad dominum fundi* aiunt pertinere.

Ex eodem fonte deducitur, quod, secundum *POMPONIVM*, si fundus *euincatur*, *manu sata* & omnes fructus, etiam *industriales* atque *mixti*, a possessore pristino non tolli possint, sed ad euinentem pertineant: cum *confita* pro *parte fundi* habeantur. l. 53. D. de *rei vindicat.* Enimuero, si *VLPIANO* obsequimur, *fundus* est *integrum* aliquid, quod omnes partes, & quaecunque cum ipso *cohaerent*, omnino comprehendit. l. 60. pr. D. de *verb. sign.*

Ex quibus rebus intelligitur, non solum *arbores stantes*, sed quaecunque etiam *manu sata* sint, omnemque segetem, & *pendentes fructus*, *portionem fundi* esse, & cum illo ad alios transferri.

Imo vero, secundum *PAVLLVM*, nec venditor, fundo *alienato*, *manu sata* tollere & retinere potest, quae ad terram adhaerent, nisi *pacto* & *lege venditionis* manu sata exceperit. l. 40. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Haecenus igitur nihil inter *arbores stantes* & *manu sata* interest, vt, cum vtrumque genus cum *terra cohaereat*, & *arbores* & *manu sata* cum *fundo* ad quemcunque possessorem transferantur. Sed hoc loco tamen admonendum est, non omnino *confundenda* esse illa, quae *manu sata* sint, cum *arbori-*

boribus, quae aluntur in fundo ad fructum & iucunditatem. Enimuero *manu sata* dicimus, quae *singulis annis seri* solent, ad vtilitatem exigui temporis, vt fructus eorum annis singulis tollantur. Sed *arbores* fere in *perpetuum* satae sunt, vt *nepotibus* vmbra faciant, atque ad posteritatem propagentur. Ita LABEO rem interpretatus est. l. 80. pr. D. de *contr. emt.*

Dicemus igitur, & *manu sata* & *arbores* esse fundi portionem, sed *arbores* sub illis, quae *manu sata* sunt, non comprehendi, cum haec ad fructum praesentem, illae ad fructum diuturniorem, aut perpetuam iucunditatem, comparentur.

Quare intelligitur, si *ususfructus* fundi cuiquam relictus sit, *manu* quidem *sata*, quae *fructus* tollendi causa comparata sint, ad *fructuarium* referri, *arbores stantes* vero, ex PAVLLI interpretatione, imprimis grandes atque ad spem seculi futuri pertinentes, non recte ab illo *caedi* iure *ususfructus*, l. 11. D. de *ususfructu*.

Nimirum generaliter VLPIANVS intercedit, ne possit ille *causam proprietatis deteriore* facere, ad quem *ius ususfructus* pertinet, l. 13. §. 4. D. de *usufr.* Vnum ipsi POMPONIVS permittit, vt ex *sylua caedua* pedamenta, atque ex arbore ramos aliquando, ex *non caedua* sylua ad necessitates duntaxat sumat, quantum sumi possit, vt fundus *non deterior* factus esse videatur, l. 10. D. de *usufr.* Et *caedua* quidem syluam, quae, Seruio interprete, l. 30. D. de *verb. signif.* quamuis *succisa*, ex stirpibus & radicibus *renascitur*, etiam PAVLLVS in *fructu* esse atque ad *fructuarium* referri docet. l. 40. §. 4. D. de *contrah. emt.*

Sed ita quidem de *stantibus arboribus* habendum est. Haud paullo secius quis iudicauerit, si de *arboribus caesis* & *deiectis* quaestio nasceretur.

Primo enim non indignum erit obseruari, *arbores deiectas*, quae *stantibus* & *cum fundo cohaerentibus* a POMPONIO nostro opponuntur, l. 40. D. de *act. emt.* *arbores*, inquam, *deiectas* esse *separata* a *fundo corpora*, & *cum fundo*, nisi aliud actum sit, quasi *partem fundi*, non transferri. Luculenter enim GAIVS docet, si, priusquam fundus emeretur, *arbores tempestate deiectae* fuerint, quod *arbores pars fundi* esse *desierint*, & quasi *separatum corpus* apud venditorem manere posse videantur. l. 9. D. de *peric. & commodo rei vend.* Imo vero, si ante venditionem *deiectae* sint, & harum contemplatione fundus imprimis *emtus* fuerit, non subsistere venditionem, supra ex PAPINIANO est a nobis obseruatum. l. 58. D. de *contr. emt.*

Itaque *deiectae* quidem aut *erutae arbores* desinunt pars fundi esse, & si cum agro alterius *coaluerunt*, agro alterius *cedere* videntur: imo, *rursus erutae*, non ad priorem dominum reuertuntur, sed illius manent, ex cuius agro, tempore nouissimo, *erutae* fuerunt. Hoc enim PAVLLO placuit, l. 26. §. 2. D. de *adquir. rer. dom.*

Habes primum discrimen, quod inter *arbores stantes*, & *deiectas* atque a fundo *separatas*, intercedit. Deinde non omittendum est, quod *VLPIANVS* obseruauit, *arbores*, quae *vi tempestatis ceciderunt*, non quidem esse *partem fundi*, sed neque tamen *inter fructus computari*. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* Et *maritus* quidem certe *arbores*, quae in fundo *dotali* *vi tempestatis ceciderunt*, non totas lucrabitur, sed soluto matrimonio partem dimidiam pretii restituet *uxori*, non secus, ac si *thesaurum* in fundo alieno inuenisset. Ita enim *VLPIANVS* respondit d. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* cum ad *uxorem*, quae *naturaliter fundi domina* est, *arbores deiectae* inprimis pertinere videantur.

Paullo durius *usufructuarium* *LABEO* tractauit. Illi enim, secundum huius disciplinam, ne pars dimidia quidem *arborum*, quae *euulsae* sint, aut *vi tempestatis fortuitae deiectae*, relinquetur, cum appareat, illas ad fundi *substantiam*, non ad fructus, pertinuisse: sed ad suas *necessitates*, atque ad *usum & refectionem villae*, si aliunde ligna & materia non suppetant, subinde sumere poterit, quantum necessitas exiger, ex *arboribus deiectis*, l. 12. pr. D. de *usufruct.*

At vero liberalior *PAVLLVS* fuit, qui, quamuis *arbores deiectas* non ad fructuarium omnino referat, tamen ipsum non cogit, ut in locum *arborum euulsarum* aut *deiectarum* alias *substituatur*, cum ipsi ex euulsis & deiectis non omne commodum omnino relinquatur. l. 59. pr. D. de *usufr.* Contra, in locum *demortuarum arborum*, quae totae ad *fructuarium* pertinent, quod nouas *substituere* cogatur, idem *PAVLLVS* alio loco comprobauit. l. 18. D. de *usufr.*

Satis, credo, ostendimus, *arbores vi tempestatis erutas*, aut *vento deiectas*, (nostri *Wind-Brüche* appellant,) *fructu fundi* non omnino contineri, sed esse corpora, ab *ipsa substantia fundi, vi tempestatis, separata*, quae ad dominum proprietatis pertinere videantur. Praeterea monendum est, *arbores deiectas* plerumque *materiae* nomine inprimis comprehendi. Ita enim *VLPIANVS* l. 12. pr. D. de *usufr.* rem interpretatur, & prohibet, ne quis *materia*, id est, *arboribus deiectis*, pro *lignis* uti possit. Item etiam *PAVLLVS* placuit, ut *arbores*, *pali* & *perticae*, non pro *lignis*, sed pro *materia* omnino habeantur. l. 168. D. de *verb. signif.* Sed *GALLVS AQUILIUS* apud *MELAM* *arbores caesas & deiectas materiam caesae* appellatione comprehendit. l. 17. §. 6. D. de *act. emti.* Imo vero generaliter, *quidquid potest in aliam speciem conuerti*, aut ex quo nouum aliquid fieri potest, *materiam* dicere solemus, quod *GAIVS* obseruauit. l. 7. §. 7. D. de *adquir. rer. domin.* Sed, sensu singulari & excellentiori, omnia ex quibus *aedificia* fiunt, *materiae* appellatione continentur. d. l. 7. §. 10. & 12. D. de *adquir. rer. dom.* & l. 47. D. de *act. emt.* Quod & *nostri* non ignorant, qui,

qui, voce germanica Bau-Materialien, nihil non significant, quod ad usum aedificandi pertinere posse videatur.

Igitur arbores *deiectae* & *euulsae* ad *materiam* plerumque referuntur. Neque tamen negligendum est, haec talia, alio nomine *ruta caesa* appellari. Generaliter enim Q. MUCIUS SCAEVOLA, in *rutis caesis* esse, ait, quae *terra non teneantur*, & *separata* sint a fundo, ut possint ad opus faciendum adhiberi. l. 241. D. de V. S. Et paullo clarius AQUILIUS GALLUS *ruta* esse, ait, quae *eruta* sint, *caesa*, quae *deiecta*, ut *arbores caesae*, & *carbones*. l. 17. §. 6. D. de act. emt.

Ex his autem, quae adhuc comprobata sunt, intelligetur, ab *arboribus deiectis ligna* quodammodo *distingui*. De his quidem OFILIUS & VLPIANUS disputarunt. l. 55. §. 1. & 2. D. de leg. 3. Sed receptum est, secundum VLPIANUM, ut hae demum *arbores ligna* appellentur, quae *destinatae* sint, ut *concidantur*, *ignis faciendi causa*. l. 55. §. 2. D. de leg. 3. Atvero *ad comburendum destinatae* sunt, quae vulgo *caeduae*, aut *cremiales*, aut, quod alii malunt, *gremiales* appellantur, quod idem VLPIANUS observavit. l. 7. §. 12. D. solut. matrim.

SALMASIUS quidem in *exercitationibus PLINIANIS*, itemque HOTTOMANNUS arbores *cremiales* rectius dici, ait, quasi a *cremando*, non a *gremio*, quo rustici ligna *cellecta*, das Lese-Holz, domum ferre solent. Ne quid nos teneat, audiamus COLUMELLAM, ^{a)} qui ligna *cremia* dici, ait, quae *tempia* sint, ut alius illorum usus, nisi, *ut comburantur* & *ignem faciant*, esse non possit. Sed de his quidem diligentissime ALCIATVS ^{b)} noster tradidit.

Extremo observandum est, in *ordinatione sylvestri Saxonica* Diui AVGVSTI, A. 1560. promulgata, inter *ligna cremialia* & alias *arbores deiectas*, die Wind-Brüche, discrimen luculentissimum constitutum esse. ^{c)}

§. III.

Comprobavimus igitur, *arborem stantem*, quae in *fundo continetur*, Dominus *separatum a fundo corpus non esse*, quod POMPONIUS docet, l. 40. D. de fundi arbo. act. emt. sed, tanquam *partem fundi* ad possessorem praedii transire. Si res *stantes* perest, ut, quis *emere* aut *vendere* possit *partem illam fundi*, quae *arbo-* vendere pot-
ribus stantibus in fundo continetur, breuiter expediamus. Et de *emtoribus* est. Non ve-
quidem nulla fere controversia est, cum quilibet, qui res suas libere admi-
nistret, etiam *emere* res alienas possit, nisi luculento iure ab *emtionibus* rius, nec ma-
prohibeatur. De *fructuario* duntaxat dubitatum, *utrum emere possit arbo-* ritus. An
res vasallus recte
vendat ar-

^{a)} COLUMELL. de re rustic. L. XII. c. 19.

verb. signif. op. T. H. p. 905.

^{b)} ALCIATVS ad L. XXX. de bores in feu-

^{c)} Forst- und Holz-Ordnung, d. A. 1560. do stantes.

§. Wenn aber, in codice Aug. T. II. p. 492.

An parochus res, quarum fructus, cum ipsius fundi usufructu, ad ipsum iure reali vi-
ex sylva pa- dentur pertinere. POMPONIUS quidem negat, *emptionem* valere, si quis
rochiali an suam rem emerit, vel sciens vel ignorans. l. 16. pr. D. de *contrah. emt.*
ex fundo Igitur posset obtendi, ne *fructuarium* quidem, qui *particula domini ad tem-*
oppignorato pus fruitur, emere omnino posse partem substantiae sibi obligatae. Sed op-
dominus ar- portune occurrit idem POMPONIUS, valere emtionem, si *usufructus*
bores vende- duntaxat sit emtoris l. 16. §. 1. D. de *contrah. emt.* Videtur enim illud
re possit. emisse, quod ipsi deest de proprietate, & quod ipsi non permissum est solo
 iure usufructus.

Sed res plus difficultatis habet, si de *venditore*, & quis recte *vendat*
arbores in fundo stantes, disputemus.

Et primo quidem POMPONIUS, in lege a nobis proposita 40. D.
 de *act. emt. dominum fundi* ex praedio *arbores stantes* vendidisse, ait, ideo-
 que valere hanc venditionem, ut ex *emto* agi possit. Vix enim locus esse
 potest dubitationi, quin *dominus*, ad quem *fundus* tanquam *integrum cor-*
pus pertinet, nisi lex specialis obstat, etiam de *partibus* fundi & de rebus,
 quae cum fundo cohaerent, libere disponat. Sed noli tamen illud temere
 & sine discrimine omnino affirmare.

Enimuero, qui non *perpetuum & absolutum & plenum dominium*,
 quod nostri appellant, adquisiuit, sed limitatum & reuocabile, aut qui rem ter-
 tio restituere tenetur, illi nullius rei, nisi quae salua fundi substantia alienari
 & consumi possit, venditionem permittere solemus.

Sed copiose disputauimus, *arbores stantes* ad fundi *substantiam* referri,
 ideoque, nisi *caeduae* sint & renascantur, sine fundi *detrimeto* neque cae-
 di neque vendi posse. Quare dicemus, *arbores stantes* ab illo, qui rem
 alteri aliquando restituere obstrictus sit, succidi & vendi non posse, nisi de-
 mortuae fuerint; aut caeduae, & generaliter, nisi succisione & venditione
 illa pretium fundi non deminuat. Ex hac causa deducitur, quod & *ma-*
ritus vxori teneatur, si in fundo dotali *arbores* non caeduas ceciderit, &
fundum deteriore fecerit *arborum succisione*. Quod supra, ex l. 7. §. 12.
 D. *solut. matrim.* a nobis obseruatum est.

Non multo secius de illo iudicabimus, qui *pignoris* iure res suas obli-
 gavit creditori. MARCELLUS enim auctor est, debitorem, si rem oppi-
 gnoratam deteriore reddiderit, ut noceret creditori, de eo, quod inter-
 est, teneri. l. 27. D. de *pignorib. & hypothec.* Quapropter audiendus est
 creditor, aduersus debitorem, qui syluam obligatam, *caedendo arbores*,
 extirpat, aut corrumpit & consumit, ut pretium fundi imminutum non
 sufficiat aeri alieno exsoluendo. Solent enim iudices, ad petitionem credi-
 toris, *arborum succisionem* atque venditionem subinde *praeceptis poenalibus*
 impedire, aut seuerioribus remediis uti, si res moram non ferre videatur.

Super-

Superest, ut de vasallo videamus, quem ad ipsum fundi dominium utile, siue, quod veteres dicebant, *ius dominio proximum* nancisci, & pro domino haberi, expeditum est, 2. F. 8. cum & fundum, quasi dominus, a quocunque vindicare posse censeatur. Sed vasallum quidem scimus prohiberi, ne fundum deteriore faciat, sine domini directi & simultanee inuestitorum aut agnatorum etiam consensu, 2. F. 8. in fine. Igitur certius videtur, ne quidem syluam caedua recte corrumpi a vasallo, aut ab ipso arbores excidi & in emtores transferri posse, si hac venditione de pretio fundi aliquid decedat. Imo vero, si domino vel aliis ius banni ferini competat, ita utendum est sylua caedua, ne venationi damnum inferatur: Daß das Holtz nicht ganz verödet, der Wild-Bahne kein Schaden zugesüget, noch das Wild in seinem Stande gestöret werde. d) Apud Saxones quidem augustissimus pater patriae in clementissimo edicto de propagatione arborum anno 1600. c. xxvi. proposito, §. XIII. expectat & exigit a vasallis suis, ut tanquam boni patresfamilias saltibus & nemoribus utantur. Daß unsere getreue Vasallen und Unterthanen, welche mit Heyden und Wäldern beliehen, oder dergleichen sonst besitzen 2c. ihre Heyden und Wälder haushwirthlich tractiren sollen. Quare apparet, ne his quidem grassandi temere in syluis licentiam concedi, sed modertae utendum esse iure arbores caedendi.

Praeterea de fructuario supra comprobauimus, cum stantes arbores, nisi caeduae sint aut cremiales, fructuum appellatione non contineantur, illum arbores excidere non posse, l. 12. pr. & l. 13. §. 4. D. de usufr. Sed caedua quidem sylua, secundum TREBATIUM, ut bonus paterfamilias utitur. l. 9. §. 7. D. de usufr.

Quae cum ita sint, quid tandem de parcho dicemus, cui subinde leges ecclesiasticae usumfructum syluae parochialis, des Pfarr-Holzes, liberaliter concedunt. An dicemus, caedere ipsum posse arbores, aut vendere, ex parochiali sylua caedua, ut ipse commodius alatur? Et Saxonica quidem lege sapientissima constitutum est, ut, auctoritate & consensu superioris, illorumque, quorum interest, ad usum suum, & necessitates familiae, caedere arbores cremiales possit: praeterea nullae ipsi arbores omnino conceduntur, ne fundus deterior ad posteritatem transmittatur.

Als auch befunden, daß die Pfarr-Gehölze durch die Pfarrer zu Zeiten aus Geitz, oder sonderlich eigenem Nutzen, verseßlich mercklich verhauen und also verwüestet worden, daß etwa ihnen selbst, auch ihren Nachkommen, an jährlicher Beholzung mangelt, So wollen wir, daß hinführo denen

d) STRVV. C. VI. thes. XI. n. 3.

MOHR. de iure venandi. c. 3. n. 23.

GRYPH. oecon. legal. obleru. 18. n. 17.

HORN. iurisprud. feud. c. VII.

§. 12.

denen Pfarrern ihres Gefallens Holz zu hauen nicht verstattet, besondern, nach Grösse und Gelegenheit, auch Abtheilung des Holzes, und an guten gelegenen Orten, (damit es wiederum wachsen, und nicht etwan gar verhauen werden möge) mit Vorwissen der Erb- und Lehn-Herren, (da die vorhanden, oder zu erlangen,) oder, in deren Mangel, des Richters, oder Kirch-Väter nothdürftig Feuer-Holz zu hauen angewieft, und ferner nichts, weder durch sie, die Pfarrer, Kirch-Väter, oder jemand anders, aus den Pfarr-Hölzern zu Brenn-Holz, oder Bauen, etwas gehauen werde, damit alle nachkommende Pfarrer, so wohl und viel Holzes finden und haben mögen, wie die jetzigen Pfarrer haben und bekommen. 2c. e)

Igitur Saxones vix quidem ius vendendi arbores ex parochiali sylva parochis concedent; cum usu lignorum necessitas duntaxat propria, nothdürftig Brenn-Holz, non ius vendendi arbores, contineatur.

Imo vero generaliter illustris BOEHMERVS f) de iure communi, etiam ex ingenti sylva, ex qua arbores sine cuiusquam incommodo & pretii diminutione vendi possent, negat ius vendendi arbores parochis competere, sed pecunias ex arboribus venditis redactas sub fœnore elocandas, & usuras duntaxat parochis distribuendas esse, ait. In eandem fere sententiam ante ipsam CARPZOVIVS g) respondit.

Sed extra Saxoniam quidem, in illis regionibus, in quibus provinciali lege ius usufructus, parochis in sylvis parochialibus concessum, non restrictum est, videtur TREBATTI sententia parochis favere, ut non solum ad suos usus ligna ex sylva caedua sumere, sed etiam vendere possint arbores, si venditione pretium fundi non imminuatur, l. 9. §. 7. D. de usufr. Qua ex causa, ut a praeside accepi, Icti Vitembergenses, mense Ianuario huius anni, ad consultationem exterorum, praefecti Wintzenburgensis sententiam confirmaverunt, qua parochis ius vendendi arbores ex sylva parochiali concesserat, & solam moderationem boni patris familias ipsi praecipendam esse duxerat. His enim Icti nostri rationibus imprimis utebantur:

Diemeil dem pastori, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verordnet, der Nießbrauch des Pfarr-Holzes unstreitig zustehet, mithin derselbe in sylva caedua, wenn der Werth solcher Holz-portion dadurch nicht vermindert wird, auch Bäume fällen und verkaufen kan,

l. 9. ff. ult. l. 10. & 11. D. de usufr.

Seine successores aber, daferne das Grund-Stück und dessen Nutzung im vorigem Stande erhalten wird, sich begnügen müssen, So ist voriger Bescheid von uns billig confirmiret worden.

§. IV.

e) Ordin. Sax. eccles. art. gener. 31. Von Pfarr-Hölzern. cod. Aug. T. I. p. 458.

f) BOEHM. in iure parochiali, sect. V. c. 2. §. 24.

g) CARPZOV. iurisprud.

consist. l. 1. tit. VII. def. 101. n. 5. & 6.

§. IV.

Nemo igitur facile dubitauerit, quin a domino subinde, *saluo iure Sylva cae-*
tertii, inprimis si fundi pretium non imminuatur, *arbores, stantes* in prae-^{dua ad tem-}
 dio, efficaciter vendantur. Consequens est, ut de ipsa *formula* venditionis^{pus vendi}
 huius videamus. Et primo quidem, si quis specialiter *quasdam* duntaxat^{potest. Quid}
arbores, stantes in praedio, vendiderit emtori, manifestum est, quid^{interfit in-}
 actum sit, & quod solum *ius tollendi illas arbores* venditum esse videatur.^{ter venditio-}
 Sed impeditior est illa formula, quam LABEO proponit, l. 80. §. 2. de con-^{nem tempo-}
trah. emt. si conuenerit, ut, non arbores singulae, sed *ipsa sylva caedua*^{rariam &}
per annos aliquot vendita sit emtori. In hac enim specie, non arbores,^{locationem}
 sed ipse fundus per tempus aliquod venditus videri posset, quasi *omnis uti-*
litas & omne ius de sylva caedua liberrime omnino disponendi ad emtorem
 transferatur. IULIANVS certe fauet illi sententiae, ut cum fundo ipsum
 etiam solum a domino alienatum videatur. l. 81. §. 3. D. de leg. 1.

IMO MARCELLVS & VLPIANVS, fundo etiam *ad tempus* cum con-
 ditione *resolutiua* vendito, *dominium interim transferri* iudicarunt, l. 4. §. 3.
 D. de in diem addict.

Sed obstat huic sententiae, quod, si emtori *ius consumendi* syluam
 caeduam tribuamus, & arbores, quae ad *substantiam* sylvae quodammodo
 pertinent, extirpandi potestatem faciamus, frustra *in aliquot annos dun-*
taxat venditio facta esse videatur: cum venditori *spes inanis* syluam cae-
 duam elapso tempore recuperandi, *extirpatis arboribus*, relinqueretur.
 Ideoque LABEONI quidem fere non videtur *omnis utilitas sylvae caeduae*,
 sed solum *ius caedendi & tollendi arbores*, ad emtorem pertinere. l. 80. §. 2.
 D. de contr. emt. Proximo enim versiculo antecedente, §. 1. eiusdem legis,
 de *venditione iurium* coepit disputare. Imo vero LABEO cum SERVIO
 negat, nisi aliud actum sit, *glandem*, quae in sylva in quinquennium ven-
 dita decidisset, emtoris esse, quamuis haec in dubio *ad dominum* fundi re-
 feratur: negat, inquam, *glandem* emtoris esse, praeter illam, quae in *ar-*
boribus fuisset, cum ipsae ab emtore caederentur. Itaque venditorem po-
 tius *glandem & fructus* sylvae retinere censet, emtorem vero duntaxat *ar-*
bores, quas ipse ceciderit, & glandem cum illis cohaerentem, ex illo nego-
 tio lucrari. l. 80. §. 2. D. de contrah. emt.

Quae cum ita sint, apparet emtori legem *boni patrisfamilias* in illa
 venditione impositam videri, *ne fundum deterioorem* faciat, neue pretium
 fundi *internum*, quod fuit tempore contractus, caesis promiscue arboribus
 imminuatur.

Sed videndum est, utrum illa sit *vera venditio*, si *ius utendi sylva*
caedua ad certum tempus, salua substantia, pro pecunia numerata, vendi-

tur emtori. Enimuero videtur fere magis *locatio* esse, quam *venditio*, si *iur utendi* pro mercede transferatur.

Nimirum, quod GAIUS ait, l. 2. pr. & §. 1. D. *locati*, est quaedam *familiaritas* & proxima *coniunctio* inter *venditionem* & *locationem*, ut interdum quæri debeat, an sit *emtio* an *conductio*. Ideoque secundum POM-
PONIVM, PAVLLVM. HERMOGENIANVM atque IAVOLENV M l. 6. §. 1. & 2. l. 21. §. 4. D. de *action. emt.* l. 3. D. *locati*. l. 75. & l. 79 D. de *contrah. emt.* contractui emtionis *conductio*, *conductioni* emtio interdum adiicitur, ut deinde *emtor* etiam de illo, quod ex *conductione* debetur, *actione emti* experiri possit, si principaliter *emtio* celebrata esse videatur.

Neque negari potest, interdum *dubium discrimen* esse, quo *conductio* ab emtione seiungatur. Sed LABEO tamen inuenit aliquod discrimen, quo facillime *venditio* *locatioque* distinguantur. Ait enim, non videri *emtionem*, si de rei venditæ *dominio* id agatur, ne illud transire possit ad emtorem: hoc enim si actum sit, potius *locationem* esse, aut genus aliud contractus. l. 80. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Idem & IAVOLENO verius esse visum est, ut, quoties res vendita alienetur, *venditio*, non *locatio*, subesse intelligatur. l. 65. D. de *contrah. emt.*

Quid igitur de *sylua caedua in aliquot annos duntaxat vendita*, constituemus, cum hac venditione solum ius caedendi arbores ad tempus aliquod transferri videatur. Videlicet, si, *animo vendendi*, negotium contractum sit, dicendum est, quamprimum emtor caedere syluam coeperit, pretio venditori numerato, *ius reale* per *quasi traditionem* transire ad emtorem, sed *reuocabile*, & *restrictum ad solas arbores*, salvo fundi pretio interno, *caedendas*: ideoque etiam *possessionem* & periculum ad emtorem pertinere: l. 2. §. 1. D. de *in diem add. et.* Contra, si quis *conduxerit* usum syluæ pro mercede, in personam locatoris duntaxat habebit actionem, & rei interitu, si sylua sine culpa conductoris igne absumta fuerit, liberabitur necessitate pensionis exsoluendæ. Ceteras *leges & formulas*, quibus *fructus pendentes* & cum fundo *cohaerentes* vendi soleant, CATO ^{h)} enarrauit.

§. V.

Venditor *Exposuimus*, quis recte vendat arbores in fundo stantes, quæ ad rei cum fun- ipsam fundi substantiam tanquam partes quaedam videntur pertinere. Nunc do cohaeren- igitur tempus est, ut reuertamur ad POMPONIVM, qui in lege nostra 40. ris pretio nu- D. de *act. emt.* venditorem, qui pecunia accepta arbores, stantes in prae- merato obli- dio, tradere noluerit, ex emto conueniri posse, ait. Operæ pretium fuerit, gatur ad tra- breuiter indicare, ad quid venditor, pretio soluto, teneatur. dendum, em- Er
ror ad sol-

^{h)} CATO de re rustie. c. 146. & 147. sqq.

Et ante omnia quidem obseruandum est, si quis *arbores, stantes in praedio*, aut alias res, quae fundi *portio* sunt, & *cum fundo cohaerent*, vendiderit, res illas, *non tanquam partem fundi & rei immobilis*, vendidas, sed id actum esse videri, vt illa, quae cum fundo *cohaerent*, postea *fiant res mobiles*, atque ad emtorem transferantur: siue ipsum ius *deiciendi & tollendi* res illas *cum fundo cohaerentes*, *venditum* censerit: quod ex illis, quae priori sypho a nobis disputata sunt, intelligetur.

Ad quid igitur dicemus *obligari* venditorem, qui *arbores, stantes in praedio*, vendiderit, sed *nondum caesas*, neque ab illo praedio, cuius *portio* sunt & cum quo *cohaerent*, separatas.

Illud quidem expeditum est, non agi posse aduersus venditorem, nisi *pretio soluto*, quod & POMPONIVS noster, l. 40. D. de act. emt. & l. 6. §. 1. & l. 19. D. de contrah. emt. obseruauit: inprimis, si conuenerit, vt *pretio non soluto* res sit *inempta*. Imo vero licet *tradita* fuerit, res non aliter sit *accipientis*, nisi aut *pretium solutum sit*, aut eo nomine *satisfactum*, vel *fidei habuerimus* emtori siue vlla satisfactione. l. 19. D. de contrah. emt. Quid, quod ne quidem sufficiat *partem pretii* soluisse, cum reliqua corpora, quae nondum tradita sunt, secundum SCAEVOLAM, *pignoris iure* retineri possint. l. 22. D. de heredit. vel action. vendit. Et singulare est, quod LABEO affirmat, si emtor *duos heredes* reliquerit, & alter *coheres*, quia nomina ipso iure diuisa sunt, duntaxat partem suam soluerit, tamen ipsum *ex emto* cum venditore agere non posse, nisi *totum pretium* soluiatur: ita enim contractum *aes alienum* diuidi non posse. l. 78. §. 2. D. de contr. emt. Quod habet rationem, cum *deterior* venditoris conditio fieri non debeat, *per emtoris mortem & multitudinem heredum*. Igitur, *soluta* pretio *denarium & pecunia omni numerata*, emtor aduersus venditorem, qui tradere noluerit, *ex emto habet actionem*.

Nimirum, *numerata pecunia*, aut si emtor realiter *paratus est* ad numerandum, venditor *vt tradat rem venditam* tenetur. Imo, si *moram* fecerit venditor, de eo quod interest, conuenitur, & praestare debet, quod *rem habere* interest emtoris, & si pluris interfit, quam quo pretio res *emta* est, obligatio venditoris egreditur ipsum pretium venditionis. Ita ULPIANVS & POMPONIVS rem interpretantur, l. 1. & l. 9. pr. & §. 3. D. de act. emt. vendit. Luculentius autem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS venditorem, aiunt, *de fide rupta* acti ne emti conueniri posse, si pretio accepto rem tradere recuset. l. 7. C. si quis alteri vel sibi. Interim sufficit, si venditor semper *paratus* sit ad tradendum, & si nulla difficultas a venditore obiciatur, quo minus res tradatur. Hoc POMPONIVS praecipit, l. 3. §. 4. D. de act. emt. Emtor enim, quod POMPONIVS alio loco ait, *actione venditi* tenetur, & compelli potest ad *tollendum*, si venditor tra-

dere paratus sit. l. 9. D. de *act. emt.* Sed idem tamen POMPONIUS, & PAVLLVS, l. 3. §. 2. & l. 2. §. 1. D. de *act. emt.* desiderant, ut *vacua possessio* tradatur. Inprimis si quis *corpus cum terra & fundo adhuc cohaerens*, ut, *vindemiam & fructus pendentes*, vendiderit & fructus legere & tollere prohibeat, ex emto actione efficaciter conuenietur: quod IULIANVS & DIOCLETIANVS aiunt. l. 25. D. de *act. emt.* l. 4. C. eod. Contra, si *per ipsum non steterit*, quo minus res tradatur, defungetur officio, secundum GALVVM nostrum, *si cedat emtori actiones*, aduersus illos, qui nullo iure ipsum impediunt, quo minus tradere rem possit, l. 35. §. 4. D. de *contrah. emt.* Quod & PAVLLVS atque IULIANVS itemque VLPIANVS l. 12. 13. 14. D. de *peric. & commod. rei vendit.* & l. 14. pr. D. de *furtis*, probauerunt. Sed si *rem alienam* vendidit, quamvis tradiderit, tamen ex emto conuenitur, ac si res nunquam tradita fuisset. l. 3. pr. D. de *act. emt. vendit.*

Tradere igitur rem venditor tenetur. Sed ut illud efficaciter fiat, utque errori & dissensionibus obuiam eatur, ita tradere debet, ut *finis* etiam ostendat, ne ignoret venditor, quantum occupare debeat & *possidere*. Hoc enim SCAEVOLA praecepit. l. 48. D. de *act. emt.*

Sed quid dicemus, si tradiderit? an compelli poterit venditor, ut etiam *dominium* in emtorem transferat, priusquam actione emti liberetur. Et PAVLLVS quidem, in negotiis *stricti iuris*, negat, si rem *tradi* stipulemur, illud intelligi, ut *proprietas* in stipulatorem transferatur: sed ait sufficere, si *res tradatur*. l. 28. D. de *verb. oblig.*

Imo vero, etiam in *bonae fidei* negotiis, maxime in venditionibus, AFRICANVS atque VLPIANVS docent, non cogi venditorem, ut *rem faciat emtoris*, sed satis esse, si, quantum in se positum sit, efficiat, ut emtori *rem habere*, id est, *possidere*, illaque uti liceat, tanquam sua. l. 30. §. 1. D. de *act. emt.* l. 25. §. 1. D. de *contrah. emt.*

Recte enim CUIACIUS ⁱ⁾ & HOTTOMANNVS ^{k)} traditionem, ad quam venditor obstringitur, definiunt, dum illam in *possessionis datione* consistere affirmant: quamvis, ut supra comprobauimus, si res non tradatur efficaciter, sed possessio deinde iure auocetur, res fere non tradita fuisse censeatur. l. 3. pr. D. de *act. emt.* Sed controuersiam, quae inter IACOBVM RAEVARDVM ^{l)} & GERARDVM NOODT de illo argumento suborta est, hic postremus felicissime diremit. ^{m)}

Venditor igitur efficiet, ut *rem habere*, id est, *possidere liceat emtori*. Eleganter enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS emtione perfecta & pretio

ⁱ⁾ CUIAC. XI. obs. c. 19. op. T. III. p. 336.

^{k)} HOTTOMANN. quaest.

illustr. XI.

^{l)} IACOBVS RAEVARDVS, varior. L. IV. c. 19.

^{m)} GERAR-

DOODVS NOODT. probabil. iur. ciu. L. II. c. 12. op. T. II. p. 53.

pretio soluto, possessionem emtam esse censuerunt. l. 15. C. de rei vindic. Sed expediendum est, quomodo hoc praestetur a venditore, ut emtor res venditas possidere possit. Neque dubitari potest, rem mobilem, ideoque etiam arbores, aut poma, aut vindemiam pendentem, ita nobis tradi debere, ut res illas apprehendere & custodire, & si velimus, naturaliter possidere, illisque incumbere, possimus. Ita NERVA filius & PAVLLVS de rebus mobilibus tradiderunt. l. 3. §. 13. D. de adquir. vel amitt. possess.

Vnum meretur observari, rem incertam nec tradi posse, neque possideri: itaque, si quis ex fundo arbores emerit, sed hac lege, ut illas emtori eligere liceret, ante electionem quidem, cum & venditor ignoret, quid tradat, & emtor nesciat, quid ipse a venditore accipiat, certum est, arbores nec traditas videri, neque ab emtore possideri. Ita quidem aperte POMPONIUS, l. 26. D. de acquir. vel amitt. possess.

Quapropter disputatione vix indiget, arbores stantes, aut vindemiam pendentem, quae tanquam res mobiles vendantur, non posse tradi, quamdiu cum fundo cohaereant & terra contineantur & pro parte rei immobilis habeantur. Neque enim possideri potest corpus aliquod tanquam res mobilis, quam diu cum re immobili unum corpus constituit & cum fundo cohaeret & terra continetur. Quod argumentum IAVOLENVS diligentissime tractavit, l. 23. §. 2. D. de usurpat. & usucap. Quapropter nulla est traditio arborum stantium in praedio, donec a substantia fundi separentur. Recte enim PAVLLVS observavit, ne illarum quidem rerum, quas antea singulas & separatas iure domini possidemus, a nobis dominium vindicari posse, si res nostrae cum alia re cohaerere coeperint, donec a corpore principali separentur: adeoque ad exhibendum potius agendum esse, ut res nostrae a corpore alterius separentur, & post separationem domino reddantur, l. 23. §. 5. D. de rei vindic.

§. VI.

Tradere igitur, ut supra demonstratum est, rem venditam debemus & efficere, ut rem habere & possidere liceat emtori. Igitur quibus modis hoc efficiatur, ut res cum fundo nostro cohaerentes ab emtore possidere possint, videamus.

Et facillimus quidem videtur GAIUS noster, qui nudam voluntatem interdum censet sufficere ad rem transferendam: in rimis si rem ex causa emtionis apud alterum esse patiamur. l. 9. §. 5. D. de acquir. rer. domin. Idem etiam POMPONIUS placuit, ut, si dominus rem suam velit tuam esse, tradita omnino videatur. l. 21. §. 1. D. eod. Imo vero, secundum VENULEIUM, satis est, si dominus alteri, rem occupanti, vim omnino fieri, aut

ipsum,

gnatio & c. ipsum, quo minus occupet, impediri prohibuerit: cum ita rem ipsi exhibuisse
*stodia arborum in praedio stantium nec domini-
 nium* & assignasse censeatur. l. 52. §. 2. D. de *acquir. vel amitt. possess.*

Sed caue existimes, *semper* nuda voluntate traditionem a domino ab-
 solui & rem *traditam* esse, si dominus *velit* illam ad te transferri. Enim-
 vero, ut supra demonstraui, in *traditione* desideramus, ut venditor
 efficiat, quo emtor rem *traditam habere & possidere* possit. Hoc plerum-
 que non efficitur *nuda voluntate*. Obstat enim POMPONIVS, qui non
 satis esse censuit, si dominus *iusserit*, ut me alius *inducat* in possessionem,
 sed requiri, ait, ut vere *inducat* in possessionem. l. 33. D. de *acquir. vel*
amitt. possess.

Praeterea GAIUS & POMPONIVS in legibus supra allegatis, l. 9. §. 5.
 & l. 21. §. 1. D. de *A. R. D.* tunc demum *nudam* domini voluntatem ad-
 mittunt, si ille, cui res tradenda est, vel naturaliter rem tradendam iam
 detinet, vel etiam vere illam *possidet*, sed ex alia causa, quam ex emtione,
 ex qua venditor in ipsum vult dominium transferre. Hoc enim ex ipsis le-
 gum verbis intelligitur, quas exscribere non vacat. VENVLEIVS autem
 l. 52. §. 2. D. de *acquir. possess.* tractat eiusmodi speciem, in qua ille, cui
 res traditur, vere *occupat* possessionem domino consentiente. In his igitur
 exemplis vere efficitur per *nudam* domini voluntatem, ut emtor rem *habere*
 & *possidere* possit.

Extra has species non sufficit *nuda voluntas* ad *traditionem*, nisi al-
 teri facultas detur rem *tollendi* & vere occupandi. l. 3. §. 13. D. de *acquir.*
vel amitt. possess. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS aperte praeci-
 piunt, non nudis *pactis*, sed *traditionibus* & *usucapionibus*, dominia trans-
 ferri, l. 20. C. de *pact.* ut appareat, *pacta* & *nudam voluntatem* traditio-
 nibus opponi. Igitur, si emtor *naturaliter possessionem*, quodcumque
 velit, *confestim nancisci non possit*, quod NERVA filius desiderat, d. l. 3. §. 13.
 D. de *acquir. vel amitt. possess.* res nondum tradita viderur.

Sed inprimis in rebus *cohaerentibus*, quae nondum *separatae* sunt,
 non exiguam difficultatem habet, ut sciamus, quando alter res illas *natu-*
raliter possidere possit, & quando *vere traditae* emtori videantur. Qua-
 propter, ut de hoc argumento, in quo cardo huius dissertationis versatur,
 certius quid constitui vere possimus, operae pretium erit, ante omnia de di-
 versis speciebus rerum *cohaerentium* aliquid monere.

Sed elegantissime quidem de rebus *cohaerentibus*, L. ANNAEVS SE-
 NECA tractavit. n) Quaedam, inquit, corpora *continua* sunt, ut homo:
 quaedam *compositae*, ut domus & navis, & omnia, quorum diuersae par-
 tes iunctura in unum sunt coactae: quaedam constant ex *distantibus capiti-*
bus, quorum *membra* adhuc separata sunt, tanquam exercitus, populus,

n) SENECA, epist. 102.

„senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure & officio cohaerent, natura *diducti* sunt, & singuli.,,

Neque minus apposite POMPONIUS, tria esse, ait, genera corporum, vnum, quod continetur *uno spiritu*, quod Graece *ἑνωμένον*, *unitum*, vocatur, vt homo, tignum, lapis: alterum, quod ex *contingentibus*, id est, ex pluribus inter se *cohaerentibus*, constat, quod *connexum* dicitur, vt aedificium & nauis: tertium, quod ex *distantibus* constat, vt corpora *plura*, non *soluta*, sed *uni nomini subiecta*: velut grex, legio, populus. l. 30. pr. D. de *usurpat.*

Iam vero dubitationi fere vix locus est, quin *arbores stantes & cum fundo cohaerentes*, itemque *fructus pendentes*, ad *primam* classem rerum *cohaerentium* pertineant, quas SENECA *continuas*, POMPONIUS *unitas*, quae *uno spiritu* contineantur, appellauit. Nimirum, supra demonstratum est, *arbores stantes & fructus pendentes* esse *partem fundi*. l. 17. pr. D. de *act. emt.* l. 53. D. de *rei vindic.* cum ratio non permittat, vt *alterius* sit arbor, quam cuius est fundus, in quo arbor radices egerit. Contra, *fundus*, secundum VLPIANVM, est *integrum aliquid*, quod omnia, quae terra se tenent, comprehendit, l. 60. D. de *verb. signif.*

De his igitur, quae *unita* sunt, & naturaliter cum alia re cohaerent, videndum est, quomodo, si sigillatim & sine fundo venditae sint, & tradi & possideri possint.

Neque vero dubito haec talia *nunquam*, & *nullo modo*, *tradi & sigillatim possideri posse*, *donec separata sint a fundo*.

Nimirum supra a me comprobatum est, *fructus pendentes*, & *arbores stantes*, si *absque fundo* a domino vendantur, tanquam *res mobiles* venditas videri, adeoque tanquam *res mobiles* tradi debere, & ab emtore possideri. Sed luculenter IAVOLENVS, quod antea monuimus, l. 23. §. 2. D. de *usurpat.* docet, non posse recipi, vt eadem res tanquam *mobilis possideri possit*, quae cum re *immobili* adhuc *cohaereat*. Quod quidem nullam dubitationem habet, si de rebus *continuis* seu *unitis*, quae vno spiritu contineantur, disputemus. Si quis enim, vt exemplum proponam, si quis, inquam, *caput aut corium* tauri aut vituli adhuc viuentis emat, manifestum est, *caput & corium* tauri absque tauro nec *tradi* nec *possideri* posse, donec hae partes *a corpore suo separentur*. Quae cum ita sint, nec *arbores stantes* tradi & possideri possunt, nisi a fundo, tanquam corpore suo, cum quo naturaliter cohaerent, separatae & caesae & deiectae sint.

Hoc intellexit IULIANVS, qui l. 25. D. de *act. emt.* eleganter docet, illum, qui *vindemiam pendentem* emerit, antequam vuae a fundo *separentur*,

o) Vid. GERARDVS NOODT ad L. XXI. pandect. tit. II. p. 467.

tur, non rei vindicatione, sed actione ex emto duntaxat, aut exceptione rei nondum traditae, uti posse: sed si vuae iam lectae, & venditoris voluntate a fundo separatae sint, tunc demum, si quis illas tollere aut calcare prohibeat, ad exhibendum, aut rei vindicatione, aut iniuriarum actione recte agi aduersus possessorem. Ex quo loco discimus, vuas nondum separatas, neque lectas, nondum traditas, neque ad emptorem translatas esse; post separationem vero demum illas possideri, & ius reale ac perfectum in emptorem transferri posse; in quo si turberetur, actioni ad exhibendum & iniuriarum locum facit IULIANVS.

Eadem fere dicenda sunt de secunda classe rerum *cohaerentium*, quae *connexae* dicuntur, & ex pluribus rebus in vnum coactis constant, & vno nomine appellari solent. In his enim, velut in aedificio, etiam *res mobiles*, ut lapides & tigna, continentur. Sed, de his quidem luculenter IAVOLENVVS tradidit, res hasce *mobiles*, quamdiu cum aedificio coniunctae sint, *tanquam res mobiles & singulares nec possideri posse, nec usucapi*, sed *diruto aedificio*, si *separatae* sint, tunc demum *de nouo possidendas esse*: ut, quamuis domus lapsu temporis usucapta sit, res illae *mobiles*, antea cum aedificio *connexae*, nunc *separatae*, noua usucapione acquirendae esse videantur. l. 23. §. 2. D. de *usurpat.*

Vides igitur, res *mobiles* & singulas, quae *cum re immobili cohaereant*, ut arbores, & fructus pendentes, ante *separationem* ab emptore non possideri posse. Sed si *possideri nequeunt, nec tradi possunt ante separationem*, cum *traditio sit datio possessionis*: quod supra obseruauimus.

Itaque fingamus, GELLIVM quendam arbores, *stantes* in praedio, aut fructus pendentes, TULLIO heri vendidisse, hodie vero totum fundum, quo arbores & fructus continentur, vendere & tradere DOMITIANO: an dicemus Tullium aduersus Domitianum *rei vindicatione*, aut *ad exhibendum* experiri posse? Equidem hoc affirmare non ausim, quandoquidem *arbores stantes* Tullio nec traditae sunt, nec possessae, antequam Domitiano fundus traderetur. Certius enim videtur, arbores illas, & fructus pendentes, ad Domitianum *tanquam partem fundi* pertinere. Si quid enim cum *fundo cohaeret*, simul in strum est, quod PROCVLVS & PAVLLVS aiunt, l. 26. §. 1. D. de *acquir. rer. dom.* & l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Et secundum VLPIANVM, omne illud fundi est, quod terra se tenet, ut supra a nobis monitum est ex lege 17. pr. D. de *act. emt.* Hoc enim tam laxo sensu verum est, ut etiam *res non alienabiles*, ut *res religiosae*, quae cum fundo, *cohaerent*, simul cum fundo per *accessionem*, sed *saluo iure suo*, transferantur, ut PAVLLVS & VLPIANVS tradiderunt. l. 22. & 24. D. de *contrah. emt.*

Quae cum ne a i non possint, Tullio, arborum *stantium* emptori, aduersus Domitianum nec *rei vindicatio*, nec *actio ad exhibendum*, competet, sed aduersus Gellium, venditorem, *actione personali ex emto*, ad id quod

quod interest, emtor experietur. Quod & MUCIUS & POMPONIUS probauerunt, in lege a nobis proposita 40. D. de act. emti.

Igitur arbores stantes in fundo, priusquam separentur, vere tradi non possunt.

Supereft, vt expediatur, an non *traditione impropria & ficta* res cum fundo cohaerentes, tanquam *mobiles*, transferri possint ad emtorem.

Enimuero inprimis *signatione*, id est, *signo imposito*, quamuis res loco non mota sit, interdum tradita videtur. PAVLLVS enim auctor est, *trabes*, quae sunt ex arboribus, *traditas* censer, si emtor illas ex *voluntate domini signasset*. l. 14. D. de peric. & commod. rei vendit. quod & GERARDVS NOODT, p) & STRYKIVS q) obseruat.

Sed PAVLLVS quidem de *trabibus a fundo separatis* adeoque *mobiles*, tractauit, vt *signatione* possessio illarum adquiri posse videatur. d. l. 14. D. de peric. & commod. rei vendit. Sed si res adhuc cum fundo cohaereat, aut alia ex ratione nondum apprehendi & possideri possit, certius est, illam non esse *traditam*, quamuis emtor illam *signauisset*. Enimuero inter TREBATIVM & LABEONEM fuit illa controuersia, cum ille *dolium signatum* omnino *traditum* censeret, LABEO contra iudicaret, *dolium non traditum* videri. Et VLPIANVS quidem praefert LABEONIS sententiam, vt non fit *traditum* *dolium*, quamuis *signo imposito*: cum potius, ne *dolium* cum alio permisceretur, quam vt pro *tradito* accipiatur, ab emtore videatur *signatum* esse. l. 1. pr. & §. 2. D. de pericul. & commod. rei vendit.

Eadem fere dicenda sunt, si ille, qui *arbores stantes* aut fructus pendentes emit, *custodes apposuerit*, ne res emtae a furibus interuertantur. IAVOLENVS quidem ita de *aceruo lignorum* iudicauit, vt, si dominus illum me tollere iusserit, & ego *custodiam* apposuerim, *aceruus* mihi confestim *traditus* censer, possit. l. 51. D. de acquir. vel amitt. possess. Sed noli *aceruum lignorum* cum arboribus stantibus, quae cum fundo cohaerent, permiscere. Ille cum separatus sit a fundo, & apprehendi & possideri potest ab emtore, voluntate venditoris, ideoque *traditus* videtur, si illum apprehenderim per *custodes*. Sed *arbores stantes* & fructus *pendentes*, ante *separationem*, absque fundo non possideri possunt, adeoque nec per *custodes* tradi aut apprehendi potuerunt.

Extremo videamus, si *arbores stantes* in conspectu emtoris ipsi assignentur, an non *oculis* possessionem emtor adquisiuisse videatur. Ita *oculis* rem dicuntur non solum apprehendere, sed etiam *deuorare*, qui cupidius ad rem in conspectu positam adspirant. Hoc sensu SENECA *oculos* illorum *gulosos* r) appellauit, qui dapibus conspectis *picam* compescere non possint.

M 2

Imo

p) NOODT. probabil. L. II. c. 6.
tit. 1. §. 3.

q) STRYK. vsu modern. pandect. ad L. XLI.
r) SENECA. quaest. natural. III. c. 18.

Imo vero CELSVS probat hoc *traditionis* genus, cum res oculis conspicitur & emtori assignatur. l. 18. §. 2. D. de *acquir. possess.* Ita, si pecunia mihi debita in conspectu meo apud me a debitore deponatur, IAVOLENVS censet, illam mihi traditam videri. l. 79. D. de *solut.* Praeterea PAVLLVS hoc *genus traditionis naturale* dixit, si res ita ostendatur, ut *pro tradita*, haberi possit, l. 8. D. de *pecul.* Et Gaius habet non dissimilem speciem, quam *tacitam traditionem* appellauit. l. 2. D. *pro socio.* ^{s)}

Sed res ipsa loquitur, haec fructu & effectu carere, *si non possit* res tradita ab emtore *apprehendi atque possideri.* Sed antea ostendimus, rem mobilem, quae ab *immobili* nondum separata sit, non posse tanquam mobilem apprehendi aut tradi, aut possideri. l. 23. §. 2. D. de *usurpat.*

Atuero finge, venditorem *iussisse* emtorem, ut *arbores in conspectu eius stantes* deiceret, & tolleret, & sibi haberet. An tunc forte traditae videbuntur? Adhuc dicemus, *venditionem esse cum mandato contractui adiecto*, sed nullam traditionem interuenisse. Itaque si fundus vendatur, & tradatur nouo emtori, antequam prior emtor deiecerit arbores, *personali actione* venditor tenebitur, sed tertius possessor fundi non videbitur emtori obligatus.

Sed forte quis obiecerit, *ius caedendi arbores* venditum videri, si dominus praedii arbores *stantes* vendiderit, illasque caedere & tollere iusserit emtorem. Enimuero nouimus, *iura*, etiam absque fundo, *quasi traditione* efficaciter transferri.

Non dissimulo, haec dici posse cum specie quadam veritatis. Neque tamen moueor, ut credam, *arbores stantes quasi traditione* transferri posse in emtorem. Nimirum si quis plures *arbores*, stantes in praedio, quamvis vno pretio, vendiderit, non id actum est, ut emtor *ius* aliquod *reale*, quo praedium obligetur, sed, ut *ius in arbores singulas*, tanquam in res *mobiles*, nanciscatur. VLPIANVS enim docet de *singulis* arboribus agi posse, quamquam vno sint pretio coemtae. l. 33. D. de *contrah. emt.* Igitur faciamus, emtori *ius in arbores singulas* venditum censer. Illud tamen expeditum, *ius* illud in arbores *singulas* non alia ratione, quam *patientia* domini, & *exercitio* emtoris, per *quasi traditionem* transferri posse. Sed exerceri illud ius nequit, nisi singulas caedendo & tollendo. Ex quo apparet nihil iuris realis transire in emtorem, nisi *singulas ceciderit*, & deiecerit, & *separauerit a fundo.* Ideoque si fundus alii tradatur, priusquam arbores *separatae* sint, non *possessor nouus fundi*, reali actione, sed *venditor* duntaxat ex *emto*, conueniri potest, quod & POMPONIVS docet, in lege nostra 40. D. de *act. emti.*

§. VII.

s) NOOBT L. II. probab. c. VI.

§. VII.

Habes iam fere omnia, opinor. Sed perueniendum est ad extremum, Dominium quod tractat noster POMPONIUS, emptorem arbores stantes, ut dominum rerum cum a tertio possessore fundi, specialiter vindicare non posse. d. l. 40. D. de fundo cohaerentium ante separationem non transferri potest ad emptorem. Ideoque nec rei vindicatio ipsi competit. act. emt.

Nimirum *emtione*, ante traditionem, illud impetramus, ut, quamvis dominium nondum in nos collatum sit, tamen rem in bonis habere videamur. *VLPIANVS* enim in bonis nostris computari, ait, non solum quae domini nostri sint, sed etiam, si quid sit in actionibus, petitionibus, persecutionibus, l. 49. D. de verb. signif. quod & *MODESTINVS* approbavit. l. 52. D. de adquir. rer. dom.

Itaque, cum venditor actione *empti* teneatur, ut antea a nobis comprobatum est, non potest esse obscurum, *empta*, quamvis nondum tradita, ad bona nostra efficaciter referri.

Ceterum, ante traditionem, dominium non transferetur ad emptorem. Eleganter enim *PAVLLVS* ius domini & ius emptoris, inter se opponit. l. 188. pr. D. de verb. signif. Sed apertissime *Callistratus*, illum, ad quem ager ex causa emtionis pertinet, antequam ager traditus fuerit, non recte rei vindicatione uti, docet. l. 50. D. de rei vindicat. Quod habet rationem, cum, secundum *DIOCLETIANVM*, non pactis, sed traditionibus, dominia rerum transferantur. l. 20. C. de pact. Ceterum ipsi emptori, an alii, ex eius voluntate, res tradita fuerit, non interest, quod *VLPIANVS* observavit. l. 11. pr. D. de public. in rem action. Itemque si vel instrumenta nondum tradita sint, dummodo rem ipsam traditam fuisse appareat, *DIOCLETIANVS* dominium translatum esse, iudicavit. l. 15. C. de rei vindicat.

Ex his igitur, quae adhuc comprobata sunt, intelligetur, tertium possessorem, cui fundus, cum arboribus stantibus & cohaerentibus, post venditionem arborum, adhuc stantium, traditus fuerit, nisi aliud cum illo actum sit, ab omni actione penitus absolui, & fundum cum arboribus domini iure retinere, emptori vero aduersus venditorem, pristinum fundi dominium, ex empto actionem dari. Cum enim tradi arbores, antequam a fundo separentur, emptori non possint, frustra de dominio & rei vindicatione quaeritur, quae nunquam datur emptori arborum stantium, donec deiectae sint, ipsique assignatae.

Quare cautionis esse apparet, ut emptor confestim, pretio soluto, ex voluntate domini, caedat arbores & deiciat, aut dominum compellat, ad arbores a fundo separandas & tradendas, ne quid ipsum postea perturbet.

Extremo sciendum est, emptorem propria auctoritate, *sine domini voluntate aut iudicis interuentu*, caedere & occupare arbores stantes sibi venditas non posse.

Eleganter enim POMPONIVS, emptorem, *per se*, non recte in possessionem venire, ait, nisi in illam vere inducatur, quamvis dominus iusserit, ut inducatur. l. 33. D. de *acquir. vel amitt. possess.* Nimirum *diui MARCI decretum* emptorem etiam terrebit, *ne ipse ius sibi dicat*, cum iudicis contemptu. l. 13. D. *quod met. caus.* Vnum tamen *praetor* vicino permittit, ut, si arbor alterius in aedes vicini impendeat, & dominus illam adimere recuset, vicinus illam adimat, & sibi habeat, quod supra observatum est, ex l. 1. pr. D. de *arbor. caedend.*



LVII.

DE DVOBVS FRATRIBVS

IN EADEM

LITE PARTIVM ADVERSARVM
PATROCINIVM SVSCIPIENTIBVS.

VITEMBERGAE, DIE MAIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

§. I.

Fraterni *Diuino* quodam consilio & sapientissima prouidentia constitutum
tas & ami- est, ut societates & amicitiae & fraterna consortia magis caritate mutua,
citiae ma- quam sanguinis propinquitate, coniungantur. Quamquam enim, quae
gis caritate natura conglutinavit, plerumque tenacius cohaerent, quam quae hominum
quam sangui- consiliis & arte quadam inter sese connectuntur; tamen in iungendis colen-
ne iungun- tur. Fratrum disque amicitiiis, ut diximus, ipsa fere natura inuitante, non tam sangui-
tur. Fratrum nem, quam ingeniorum atque morum conspirationem & mutuam beneuo-
lencia etiam lentiam & studium bene de aliis merendi, cogitamus, adeoque occulto quo-
cum remo- dam sensu ad bonorum societatem & consensionem adducimur.
rioribus gra- Quare solet evenire, ut intra unam domum & eosdem lares non facile
dibus item- subsistant amicitiae, sed latius spargantur atque ad plures perveniant, adeo-
que cum so- que diuersae gentes & cognationes benevolentia & mutuo amore coalescant,
ciis & ami- catur. Inter
cts communi

ami-

amicorum societas, res in hominum conditione pulcherrima & iucundissi-^{fratres est} ma, non tam *casu fortuito & sorte nascendi*, quam destinatione & consi-^{praesumptio} lio, constituatur. ^{& suspicio gratiae. Fra-}

Inter ipsos quidem *fratres*, quos *natura & sanguinis* communio proxi-^{tres inter-} me coniungit, non magis fere *communis sanguinis* origo, quam, quae ipsi ^{dum habentur pro una persona.} etiam *sanguini* non nihil debet, similitudo morum, *communes fortunae*, & *vitae* ab ineunte aetate *consuetudo* societatem quandam pariunt, animosque incendunt, ut arctius teneriusque *frater fratrem* complectamur, atque *fraternum* illud *consortium*, quod IUSTINIANVS l. 11. C. *commun. de success.* appellat, sanctissime retineamus.

Quapropter, etiam sine illo *sanguinis* vinculo, & sine *originis* communione, non solum *aeque facile*, sed etiam melius, quam inter *fratres*, aliquando *societates & consortia* coluntur. Optime M. FABIVS QVINCTILIANVS ^a inter illos, ait, qui *a primis aetatibus* in eandem vitam conuerunt, esse *affectionem* aliquam & speciem *fraternitatis*. Imo vero, secundum VLPIANVM, etiam inter *socios bonorum*, propter vitae consuetudinem & fortunarum coniuncti nem, ipsa *societas* habet ius quodammodo *fraternitatis*. l. 63. pr. D. *pro socio*. Sed elegantissime PAVLLVS noster, *fraternitatem caritate* constitui, obseruat, ut, qui *fraterna caritate* diligitur, *frater* esse videatur. l. 58. §. 1. D. *de heredib. instit.* Certe sub *appellatione fratris* heres potest institui, qui non est frater, d. l. 58. §. 1. cum cetero iun, qui non cognatum, cognati nomine, heredem instituit, interdum nihil egisse & errasse censeatur. l. 4. C. *de hered. instit.*

Denique, ut intelligatur plus in *fraternis amoribus* tribui amicitiae quam *sanguini*, audiamus GORDIANVM qui, l. 4. C. *de castrensi pecul.* hereditatem, quae *fratri* ex testamento *fratris*, eiusdemque *commilitonis* in iisdem castris cum herede suo degentis, obuenerit, ad *peculium castrense* pertinere iudicat, quasi non propter sanguinem sed propter *vitae & militiae consortium*, hereditas relicta videatur. Credendum enim est, inquit, peregrinationis societatem, laborem *commilitii* coniunctum, obeundorum munerum *consortium*, *affectioni fraternae* non nihil addidisse, illos uel sibi, vice mutua, omnino *cariores* reddidisse. d. l. 4. D. *de pec. castrens.* Quae cum ita sint, *fratris* appellatio inter *socios & amicos* maxime frequentata est: & secundum QVINCTILIANVM ^b qui efficacissime blandiri volunt, amicis *fratrum* nomine subinde blandiuntur.

Et meretur obseruari, in ipsis etiam *cognitionibus*, amoris significandi causa, *fratrum* appellationem latius, & *ultra secundum gradum*, serpere, pluresque, qui *fratres* non sunt, eodem nomine quandoque com-

^a) QVINCTIL. declamat. XVI. p. m. 717.

^b) QVINCTIL. declam. 3.

prehendi. Eo sensu duorum *fratrum filios* M. TVLLIVS CICERO ^{c)} *fratres* appellavit; quod & PAVLLVS observavit, l. 10. §. 15. D. de *gradibus*, ex cuius disciplina & *fratres amitini & consobrini*, quamvis vltiore gradu sint, *fratres* frequentissime dicuntur. Imo idem M. TVLLIVS alio loco, de *sororis marito* aliquando *fratris* nomine usus est. ^{d)}

Certe in ipso *secundo gradu* SCAEVOLA, & PAVLLVS l. 93. §. 3. D. de *leg. 3.* l. 38. D. *famil. hercisc.* & C. CORNELIVS TACITVS ^{e)} subinde *fratrum* appellatione etiam *sorores* comprehendunt.

Sed haec utcumque exstimata fuerint, illud certe expeditum est, si ad naturam & arcanam illam vim sanguinis etiam morum animorumque coniunctio accedat, tunc demum sanctissimum illud vinculum contrahi, quod *fratrum concordiam* solemus appellare: quae res efficit, ut in *unam personam* coalescere & *eodem spiritu regi* videantur.

Hoc sensit miles ille Pompeianus, apud C. TACITVM, ^{f)} qui *fratrem* suum, cum apud Ianiculum aduersus Cinnam pugnaretur, ferro imprudens occiderat, mox, cognito facinore, seipsum interfecit, cum fratre interemto ipsam lucis huius usuram sibi molestant iudicaret. Hoc etiam Iuturnae in mentem venit, fratre Turno interemto. Ita enim illa, apud VIRGILIUM MARONEM, ^{g)}

— — Haud quidquam mihi dulce meorum,

Te sine, *frater*, erit.

Quae cum ipsa natura doceat, non opus est, ut confugiamus ad P. NIGRIDIVM, qui, secundum A. GELLIVM ^{h)} subtilissimo *ἐνύμω*, *fratrem* quasi *fere alterum*, id est, fratri proximum, fratris simillimum, qui fere in unam cum fratre personam coaluerit, a veteribus dictum esse, iudicavit. Ita etiam M. TVLLIVS, si *fratrem* in provincia relinqueret, iudicatum iri existimavit, quod *se alterum* in provincia reliquisset. ⁱ⁾

Sed hoc quidem disputatione non indiget, *ciuili* ratione, *fratres*, qui *sub eiusdem patris potestate constituti sint*, pro una persona quandoque accipi, si negotium de re, ad *parentis* communis commoda pertinente, contractum esse videatur.

Luculentum enim est Iustiniani praeceptum, qui §. 10. I. de *testam. ordin.* *fratres* non posse testes esse in testamento, ait, quo frater illorum, qui cum testibus sub eiusdem patris potestate est, heres instituitur a testatore; cum totum illud negotium heredis institutionis inter heredem & testatorem

c) CIC. epist. ad famil. IV. 4.

d) CIC. pro domo sua, c. 15.

e) TACIT.

annal. L. XII. c. 4.

f) TACIT. histor. L. III. c. 51.

g) VIRG. aen. XII.

v. 884.

h) A. GELLIVS noct. attic. L. XIII. c. 10.

i) CIC. epist. ad

famil. L. II. ep. 15.

testatorem agi censeatur: &, quoniam res illa ad *parentem* heredis, maxime usu-fructus causa, pertineat, duos fratres, qui cum patre, ideoque etiam *inter se*, quodammodo *una persona sint*, in negotio, quod ad *fratrem & patrem* pertineat, testes esse non posse: cum de *suo quasi commodo* testimonium praestare videantur.

In his igitur negotiis *fratres pro una persona* merito habentur.

§. II.

Ex his, quae adhuc comprobauimus, apparet, magnam esse vim *affectionis fraternae*, & nihil credi facilius, quam *fratres regi communibus consiliis*, & *mutua consensione* inter se coniungi.

Sed haud paullo secius iudicandum est, cum de *fratrum negotiis castrensibus & quasi castrensibus* tractamus. Enimuero *miles*, quamuis filius familias, quantum ad *militiam* attinet, quasi *alius homo* esse iudicatur, ideoque, si *miles* duos heredes instituit, alterum rerum *castrensi*, alterum rerum *paganarum*, videtur *duorum hominum duas hereditates* reliquisse: ita enim IULIANVS atque GAIVS tradunt l. 17. §. 1. D. de *testament. milit.*

Qua propter dubitari non potest, cessare in illis negotiis *cognitionis aduersis partibus*, adeoque fratres in causis militaribus neque *pro una persona*, neque omnino *pro personis coniunctis*, accipi, sed fere pro extraneis haberi.

Hoc etiam adduxit MARCELLVM atque VLPIANVM, vt in *testamento militari*, in quo de *castrensi peculio* disponitur, *fratrem* etiam, quasi *extraneum*, testem esse posse iudauerint; l. 20. §. 2. D. *qui testam. fac. poss.* quamuis IUSTINIANVS aliter sensisse videatur si miles post *missionem* testamentum faciat. §. 9. I. *de testam. ordin.*

Imo vero generaliter, secundum VLPIANVM l. 22. D. *qui testam. fac.* in testamento extranei, duo fratres, qui *in eiusdem patris potestate* sunt, modo nec cum herede, nec cum testatore, ratione potestatis coniuncti sint, simul recte testimonium testamentarium praestare possunt.

Neque vero apud Romanos defuerunt fratres, qui *in militia aduersas* aliquando *partes* secuti sunt, atque, pro sua quisque parte pugnantes, *fratrem ex aduersa parte trucidarunt*. Nimirum, si VIRGILIVM MARONEM ^{k)} audiamus, Aleto illa, furiarum maxima, potest

— — *Vnanimis armare in praelia fratres,*
& *milites quandoque* ^{l)}

Gaudent, *perfusi sanguine fratrum.*

Certe

^{k)} VIRGIL. Aen. VII. v. 336.

^{l)} VIRGIL. Georg. II. v. 511.

Certe apud C. CORNELIVM TACITVM ^{m)} *eques gregarius fratrem* stantem ex *aduersa parte* non solum occidit, sed illud etiam apud duces professus est, &, quasi re bene gesta, etiam praemium poposcit. Quod ne quis infrequens & singulare esse existimet, idem TACITVS ⁿ⁾ in *bellis civilibus* illud usu venisse, ait, ut *fratres affines & propinqui*, a fratribus, affinibus, propinquis, *aduersis* praeliis trucidarentur. Haec sunt *solita fratrum odia*, quae in negotiis publicis, cupidine victoriae & inuidia subinde accenduntur: quod alio loco TACITVS obseruat. ^{o)} Denique ne quid desit ad rei fidem, ipse etiam CAESAR ^{p)} memoriae prodidit, bello civili aliquando milites, cum colloquendi facultatem nacti essent, suos necessarios & propinquos in *exercitu aduerso* requisivisse, & inuitandi causa in castra sua adduxisse.

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, in castrensi causa fratres non solum non *coniunctos* videri, sed etiam *ex aduersis partibus* subinde stare posse.

§. III.

Munus aduocatorum est inter se gratiam & consensionem esse, sed in *castrensibus* negotiis tantisper *quasi militum* negligi & dissimulari ius *cognitionis*. Igitur de *aduocatis* quidem & *procuratoribus* dispiciamus, *virum fratribus duobus*, in eadem lite, *partibus* *ad aduersis* ita *patrocinari* & adesse liceat, ut ab altero illorum *actor*, ab altero *reus*, defendatur.

bus patrocinari possunt. Nimirum non locus est dubitationi, quin *aduocati partium aduersarum* in iudicio *militum iuribus* utantur, qui gloriosae vocis munimine, laborantium spem vitam & posteros defendant. Hoc enim *imperatores* l. 7. 8. & 14. C. de *aduocat. diuers. iudicior.* praeceperunt. Sed in his quidem causis, quod supra obseruatum est, *fratres*, etiam vnus parentis potestati adhuc subiecti, non solum non pro vna persona, sed ne quidem pro coniunctis haberi solent, adeoque etiam *ex partibus aduersis* possunt inter se pugnare, & de victoria contendere.

Itaque dicemus, nisi aliud quid obiiciatur, *permitti fratribus duobus aduocatis*, in eadem lite *partium aduersarum* *patrocinium* suscipere & inter se pugnare. Quis enim dubitaret, cum in praeliis *aduersis* duo *fratres* armis inter se contendere & *cruentam* victoriam sanguine adipisci possint, iisdem etiam concedi, ut *forensam* illam *lauream* praelio legitimo, a quo *aduocatus aduersae partis* in capitis periculum non adducitur, & quaerant, & partem tueantur.

Verum enim vero non parum quidem fratribus *arma aduersa* tractantibus obflare videbitur, *odium calumniae; gratiae, praeuavicationis*, quod prae-

^{m)} TACIT. hist. III. c. 51.
L. IV. c. 60.

ⁿ⁾ TACIT. histor. III. c. 25.
^{p)} CAESAR. de bello civil. L. I. c. 74.

^{o)} TACIT. annal.

praetorem subinde adducit, ut *aduocatis* interdicat postulatione, l. 1. §. 6. *D. de postuland.* quamuis illos aduersarius admittat. l. 7. *D. eod.* Sed *praeuicator* censetur, secundum LABEONEM, qui ex *utraque parte*, ea-
que *aduersa*, consistit in iudicio, & partem aduersam adiuuat, prodita
caussa sua. l. 4. §. 4. *D. de his qui not. inf.* Quamuis etiam proprie *aduocatus* non possit *praeuicator* appellari, si VLPIANVM audiamus, l. 1. §. 1. *D. de praeuar.* tamen *aduocati* si ex utraque parte constiterint, secundum MACRVM & eundem VLPIANVM, *extra ordinem* subinde puniuntur. d. l. 1. §. 1. & l. 3. §. 2. *D. de praeuaric.*

Iam vero disputatione vix indiget, metum & suspicionem *praeuicationis* fere suboriri posse, si *duo fratres ex partibus aduersis* constiterint in illo praelio forensi. Si enim *pro vna persona* habeantur, quod interdum fieri debere, supra §pho 1. comprobatum est, videtur *uterque duorum fratrum* ex utraque parte aduersa consistere, & partem aduersam adiuuare. Certe M. TVLLIVS, cum *fratrem* in prouincia relinquere cogitaret, metuebat, ne iniqui iudices dicerent, ipsum *non plane* post annum, ut senatus voluisset, de prouincia decessisse, quoniam *alterum se*, id est *fratrem*, qui cum ipso *vna persona* sit, in illa reliquisset. q) Siue etiam *gratiam illam*, quae inter fratres intercedit, cogites, erit locus suspicandi, ne frater benignius tractet *aduocatum aduersae partis*, & quo illius negligentia, turpitudine, inscitia, tegatur, de iure clientis sui aliquid remittat, *in gratiam aduersi aduocati*.

Observandum est enim, *aduocationem*, a quibusdam, maxime ab ARCADIO CHARISIO, cum *testimoniis* conferri. l. 25. *D. de testib.* Sed *testes* quidem, quod CALLISTRATVS obseruat, ob *suspicionem gratiae*, vel propter *reuerentiam personarum*, non admittendi sunt, ad testimonium dicendum. l. 3. pr. & §. 5. *D. de testibus*, quod etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS probauerunt. l. 5. *C. de testibus*. Quapropter, cum *aduocatio* cum *testimoniis* habeat aliquid commune, videri posset, *non admittendum fratrem in parte aduersa* consistentem.

Neque tamen permoueor, ut a sententia discedam, aut dubitem, quominus frater aduersus alium, cui frater eius praestat *aduocationem*, admitti possit. Supra enim §pho II copiose ostendimus, in negotiis *militaribus & quasi castrensibus*, ideoque imprimis in *aduocationibus*, fratres *pro vna persona non habendos* esse. Igitur fratres non poterunt *praeuicatores* appellari, quasi *ex utraque parte simul consistent*, qui partibus *aduersis* in eodem iudicio praestent *aduocationem*. Quae enim a M. TVLLIO, cum de QVINCTO fratre in prouincia relinquendo deliberaret, dicta sunt r) ut supra obseruatum est, magis ad iocum pertinent, quam ad veram *personae unitatem* comprobendam.

N 2

Deinde

q) C. I. C. epist. ad fam. L. II. ep. 15.

r) C. I. C. II. epist. ad fam. 15.

Deinde, quod de *gratia* fratrum obiicitur, facile dilui potest, si cogitemus, etiam *odia fratrum*, maxime in negotiis militaribus, *non insueta* esse: quod supra ex TACITO notatum est. ²⁾ Ipsa enim *aemulatio*, quae alit ingenia, plerumque in illis negotiis, ex quibus *gloria* petitur, animos accendit, ut gratiae, coniunctionis, amicitiae, obliuiscantur.

Neque vero, in tantum *testimonia*, & *aduocationes* comparantur, ut, quorum testimonia suspecta sint, iidem ab aduocatione confestim repellantur. Per testes enim *facti quaestionem* maxime excutimus, ut fides rei gestae comprobetur. In his igitur nemini credi potest, ut HADRIANVS docet, nisi qui a suspitione gratiae remotus esse videatur. l. 3. §. 1. D. & l. 5. C. de testibus.

Contra *aduocati* maxime *factum* narrant & *rationem iuris* iudici exponunt, quod ipse etiam circa admonitionem aduocati nosse debet: in qua causa non tam facile res per gratiam aut *aduocatorum* amicitias corrumpi potest. Quare non dubito, efficaciter duos fratres partibus aduersis patrocinium praestare posse.

Illud tamen attinet monere, multum *iudicis arbitrio* & religioni iudicantium in illo negotio permitti. Hoc enim in *testimoniis* admittendis HADRIANVS & PAPINIANVS, l. 3. §. 2. & l. 13. D. de testibus & in *aduocatis* ac procuratoribus recipiendis, MODESTINVS, PAVLLVS, VLPIANVS, praeceperunt. l. 17. §. 2. l. 18. l. 20. l. 22. D. de procurat. Itaque si alter *fratrum* rem, propter fratris aduersarii gratiam, segnius tractare, aut tergiuersari videatur, poterit iubere praetor, ut alius substituatur.

§. IV.

Frater ad- Admittuntur igitur plerumque *duo fratres aduocati*, qui *partium ad-*
vocatus ^{ut} *versarum* in eadem lite patrocinium susceperunt. Superest, ut expediamus,
consistat ad an etiam *inuitus* cogi possit *frater*, si patrocinium repudiet aduersus illam
versus illam partem, in qua *frater* eius *aduocatus* consistit. Et profecto quidem, au-
partem ^{cui} *frater* patro- deam affirmare, *non cogi posse fratrem* ad illud patrocinium suspiciendum.
cinatur cogi Enimvero, si recte a *maiori ad minus*, *negativa* ratiocinatione, argu-
inuitus non mentum ducimus, maxime me mouet, quod ne ad *testimonium* quidem di-
potest nisi cendum cogi possit *frater* inuitus, in illis causis, in quibus *fratris* salus aut
ex grauiori commoditas periclitatur. Aperte enim PAVLLVS docet, *lege Julia* consti-
caussa. tutum esse, ne quis aduersus *consobrinum*, aut *qui proprio gradu sit*, *te-*
stimonium dicere cogatur. l. 4. D. de testibus.

Quid igitur dicemus? cum in testimoniis, quorum usus ad *veritatem* indagandam maxime *necessarius* videtur, fratrem non cogamus, an cogen-
 dus esse censēbitur in causa minus *necessaria*, ut *fratri* inuidiam molestiam-
 que

²⁾ TACITI IV. annal. c. 60.

que faciat sua aduocatione. Mihi quidem videtur tanto minus cogendus esse, quanto magis ignoscendum *pudori aduocati*, qui vel trarris sui victoriae & gloriae obitare, quod inter *aduocatos* fere necessarium est, vel ad alios in suspicionem inquirere noluerit, quasi *fratris sui* gratiae aliquid dedisset. Certe de *procuratoribus* ita GAIUS, PAVLLVS atque ULPIANVS tradiderunt, vt cogi nequeant, qui inimicitiarum, aut etiam *affinitatis & cognationis*, aut alia probabili excusatione, vti possint l. 21. 22. 23. D. de *procurat.* Sed haec talia cum etiam *aduocatis* molesta esse possint, sine dubio ab *aduocatione* excusabunt.

Sed ais, non *interesse fratris aduocati*, vtrum a *fratre aduersae partis aduocato* in illo praelio vincatur. Imo vero *interest fratris*, ne vincatur, non solum propter poenam, quae *aduocato* imminet, si ipsum *segni-
tia & inscitia* litem perdidisse a *fratre* ostendatur, sed etiam propter victoriae *gloriam*, quam multi, in primis illi *miles*, plerumque bonis omnibus & vita fere ipsa chariorem arbitrantur. Et hoc satis causae est, cur nolit frater fratri sua aduocatione molestus esse.

Sed, vt dicere occupauimus, res iudicis arbitrio permitti debet. Aliquando enim vel duo tantum *aduocati* in eodem loco sunt, *cum duo sufficere* dicantur, l. 19. C. de *aduoc. diuers. iudic.* vel certe duo soli interdum *fama sunt hilariori*, quod GRATIANVS ait. l. 7. C. de *postulando*. Finge igitur praeter *duos fratres* neminem in loco quodam esse aduocatum, qui *fama hilariori* commendetur. Finge porro alterum electum esse ab aduersario: alteri vero *fratrem alterum* patrocinium negare: denique finge, alterum clientem non inuenire *aduocatum*, cuius auctoritas & fama ipsi prodesse possit. Et ait GRATIANVS, officio iudicis contineri, vt *aequalis fiat causidicorum distributio*, & *par utrique auxilium praestetur*; itaque coget *fratrem* ex aduersa stare parte. d. l. 7. C. de *postulando*.



VTRVM FEVDO LEGATO

EIVS

AESTIMATIO DEBEATUR.

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIII.

Legatum
ex coniectu-
ra volunta-
tis interpre-
tatur. Aest-
imatio rei te-
gatae dici-
tur etiam

indemnitas.
Aestimatio
interdum ne-
cessario ab
herede prae-
standa est.
In primis ob
coniecturam
voluntatis
aut si res cul-
pa aut facto
heredis pe-
ruit quando-
que tantum
permittitur
heredi aesti-
mationem lo-
co rei prae-
stare.

§. I.

Cum beneficentia & liberalitate, quod M. TVLLIVS ait, a) nihil sit hominis naturae accommodatius, quo quisque est vir melior, tanto be-
nignius socios tractare solet, tantoque diligentius curare, ut fructus sui be-
neficii, ad illum, cui ipse aliquid tribuere voluit, plenissimus certissimus-
que peruenire, & ad quam plurimos permanere possit.

Sed legata quidem nobilissimum esse genus beneficii, tum ex aliis causis
quam plurimis. tum ex eo maxime, intelligimus, quod ne quidem de re-
ferenda sibi gratia cogitare potest, qui suprema voluntate beneficium reipu-
blicae, amicis, posteris relinquit.

Quod cum intelligerent, qui iura tradiderunt, plerique & inprimis
AFRICANVS, ex natura beneficii, legatum ita accipiendum & interpreta-
tione amplificandum esse, docuerunt, ne illud fructu omnino careat, neque
quid a testatore frustra legatum videatur. l. 109. pr. D. de leg. 1. Imo vero
PAPINIANVS noliter coniecturam voluntatis admisit, ut, si penitus satis-
fieri decreto testatoris in praestando beneficio non possit, ex probabili ipsius
voluntate, sensus quidam beneficii ad illum perueniat, cui testator aliquid
tribuere voluerit, & huic, si res ipsa nequeat, certe rei aestimatio prae-
stetur. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

Et eleganter quidem CALLISTRATVS, si res ipsa intercepta fuerit,
actionem in factum legatorio accomodauit, ut indemnitatem consequatur.
l. 63. D. de leg. 2. Quamvis enim fere lucrum potius expectet, cui a testa-
tore res legata est, quam ut de damno depellendo cogitare videatur, Ictus
tamen, miseratione conditionis humanae, molestum & damnosum esse cen-
suit, si pereat beneficium, si eludatur atque exitum habere nequeat illa, cui
maxime fauendum est, benignitas supremae voluntatis: ideoque, propter
exemplum, non tam lucri petitionem quam damni persecutionem, id est,
actio-

a) c. 1. I. offic. c. 14. II. offic. c. 18.

aetionem in factum ad *indemnitate* dedit legatario, qua *aestimationem* rei legatae, sibi interceptae, adipiscatur. d. l. 63. D. de leg. 2.

Igitur, qui *aestimationem* rei legatae petit, *indemnitate* censetur postulare. Aegre enim, ut diximus, videtur heres legatario fecisse, qui *mutauit* beneficium defuncti, & rem ipsam non exhibuit, quam ad legatarium voluerat testator peruenire. Quapropter, si *VLPIANVM* audiamus, *inuitus* quidem nemo cogitur *aestimationem* accipere, si res ipsa praestari possit, quae relicta sit a testatore, l. 71. §. 4. D. de leg. 1. Itaque cum alicui poculum legatum esset, velletque heres praestare *aestimationem*, quia propter *affectio*em, iniquum esset, illud poculum a se separari, non impetrauit a praetore, ut pro re *aestimationem* soluere liceret. d. l. 71. §. 4. de leg. 1.

Et habet illud rationem, cum ad *indemnitate* pertineat praestatio *aestimationis*. Sed satius est, rem ipsam legatario seruari, quam de *damnis* ipsum sarcieendis litigare cum herede.

Ex eodem fonte deducitur, quod neque legatarius, qui rem legatam sibi dicat minus iucundam aut utilem futuram, facile audiendus sit, si pro re, quam heres dare paratus est, compendii sui causa, *aestimationem* petat ab herede, nisi testator legatario reliquerit *electionem*. Hoc enim *POMPO- NIVS* obseruat. l. 8. §. 2. D. de leg. 1.

Nimirum frustra de *indemnitate*, quae *aestimatione* continetur, legatarius controuersiam faciet heredi, cum ipse re, quam repudiat, accepta, non solum *damno* carere posset, sed *lucrum* etiam haberet.

Quare dicemus, nec legatario deberi *aestimationem* & *indemnitate*em, si res ipsi ab herede offeratur, nec heredem officio penitus defungi, qui pro re legata offerat pretium & *indemnitate*em. Aperte enim *VLPIANVS*, rem legatario *parandam* esse, ait, ab herede, quamuis rei illius *difficilis* *paratio* videri possit. l. 39. §. 7. D. de leg. 1.

Sed, quandoquidem in *coniectura voluntatis*, qua maxime vltimarum voluntatum interpretatione utimur, atque in iudicanda *aequitate*, multa interuenire possunt, quae efficiant, ut a regula iuris discedamus, recte *VLPIANVS* obseruauit, interdum afferri posse *iustam causam*, cur aliquis rem ipsam, quam debeat, praestare non cogantur, ideoque heredi fauendum esse, qui ex *iusta causa* paratus sit, *aestimationem* potius legatario praestare. l. 7. §. 3. D. de leg. 1.

Sed in primis *iusta causa* videbitur *naturalis* illa in homines nobis *coniunctos affectio*, quae efficere potest, ut iniquum censeatur, illos a nobis separari, & legatario relinqui. Ideoque secundum *VLPIANVM*, si heres *seruum hereditarium*, forte *patrem* suum, vel *matrem*, vel *fratres naturales*, alteri praestare damnatus sit, aequissimum iudicatur, & benigna interpre-

interpretatione receptum est, pro *homine* legato *aestimationem* arbitrio iudicis praestari. d. l. 71. §. 3. & 4. D. de leg. 1.

Itaque officio iudicis continebitur, ut hic interdum heredi permittat, pro re *aestimationem* dare, ob *affectionem*: quod maxime in *hominibus* legatis receptum est, quos vera *affectione* in magno pretio heres habere iudicatur. Sed ipse *VLPIANVS* res ceteras, praeter homines, excipit, ut non possint, *legatario inuito*, reineri, aut pretium illarum pro rebus legatario obtrudi, d. l. 71. §. 4. D. de leg. 1.

Neque tamen hoc perpetuum est, ut, si res ipsa possit exhiberi, heres nequeat pretium offerre. Nimirum, ut antea obseruatum est, *probabilis causa* etiam in ceteris rebus aliquando heredem excusabit, si pro re *pretium* legatario exsoluerit. Inprimis enim in legato *rei alienae* obtinuit, ut illa quidem *parari* debeat, quamvis *difficilior* sit ista *paratio*, sed tamen audiatur heres, si dicat, dominum, a quo ipso rem redimere deberet, *immensum pretium*, affectionis causa forte, *petere*, ut sine maxima iniquitate exsolui pretium non posse videatur. Si enim *GAIO* atque *VLPIANO* obsequimur, heres *iustam*, id est, *communem aestimationem* potius legatario soluere iubebitur, quam ut heredem *pretio immodico* illam redimere cogamus. l. 14. §. 2. D. de leg. 3. l. 71. §. 3. D. de leg. 1.

Non multum ab hac specie recedit, si cuiquam *pars aliqua bonorum* sit legata. Enimvero *odium rixarum* & *communione* adduxit *POMPONIUM* atque *PAVLLVM*, ut succurrendum esse heredi iudicarent, ipsique *electionem* darent, utrum *partes rerum* an *aestimationem* maluerit praestare. l. 26. §. 2. & l. 27. D. de leg. 1. Quamvis enim posset legatario dari rerum quaedam *portio*, tamen propter vel *communione* vel *diuisionis* incommoda, quae in partibus rerum assignandis timeri possent, *permissum* est, *aestimationem* dare.

Habes igitur *duas causas*, ob quas heredi *permittatur*, rem legatario *negare* & *pretium*, *inuito etiam*, offerre. Primam, ut diximus, in *affectione hominum coniunctorum* inuenimus, quos ipsos, heres non cogitur legatario praestare: altera est, *iniqua quaedam difficultas*, si *plus noceret heredi praestatio ipsius rei*, quam legatario illa *prodesse posset*; ut: si *pretio immodico res redimenda* esset. Tunc enim heredi melius consuleretur, si *iustam aestimationem* legatario exsolueret, & legatario illud non prodesset, si heres domino rei legatae pretium *immensum* soluere illamque redimere omnino teneretur. Item, si propter *communione* incommoda non minus molestiarum immineret legatario, quam heredi, placuit, pro ipsis rebus communibus, *aestimationem* potius praestari.

Sed nec *tertia causa*, quam commemorauimus, negligenda est, *voluntas testatoris*, qui *electionem* heredi reliquerit, utrum malit rem, an *aestima-*

aestimationem dare. In his enim speciebus, atque ex his causis, permittitur heredi, quamvis res ipsa dari possit, potius aestimationem dare.

Superest, ut de illis speciebus exponamus, in quibus legatarius pretium accipere & heres, etiam inuitus, pro re aestimationem soluere tenetur. Hoc vero imprimis accidit, si non possit ipsa res praestari, adeoque necesse sit, aestimationem quandoque legatario exsolui, quod *VLPRIANVS* observavit. l. 41. §. 4. & l. 47. §. 4. sqq. D. de leg. 1.

Sed non potest res praestari, vel naturaliter interdum, ut: si res inveniri & impetrari nequeat, vel moraliter, quod dicunt philosophi, id est, ob legis aut hominis dispositionem, quae necessitatem obsequii imponit, ut, obiecto quodam impedimento, res non debeat praestari.

Est elegans eiusmodi species apud *PAVLLVM*, qui in legato tesserarum frumentariae, de qua *CYRACIUS* ^{b)} & *TURNEBVS* ^{c)} non nihil observarunt, itemque in militiae legato quantitatem, qua tessera frumentaria, aut militia comparari possit, contineri, ait, ut aestimatio etiam heredibus legatarii debeat, quamvis ille post mortem testatoris discesserit, cui tessera aut militia fuerit legata. Cum enim legatario, iam defuncto, nec tessera frumentaria nec militia utilis esse queat, neque semper in heredis potestate sit, ut tesseram illam aut militiam redimat, placuit, aestimationem tesserarum & militiae deberi. l. 49. §. 1. D. de leg. 2.

Eo refertur, quod, si duobus res eadem relicta sit, & manifeste appareat, testatorem utrique legatario solidum praestare voluisse, docente *PAVLO*, unus pretium debeat accipere, alteri res ipsa adsignetur, & illi detur electio, qui primus fuerit litem contestatus. l. 33. D. de legat. 1.

Non multum est absimilis illa species, quam *VLPRIANVS* l. 47. §. 2. & 3. D. de leg. 1. tractavit. Si enim ex duabus rebus alternatim legatis, una quam heres electurus fuisset, sine heredis culpa absit, & exhiberi nequeat, heres nisi alteram praesentem praestare maluerit, absentis aestimationem praestare potest, & legatarius pretio debet contentus esse.

Neque omittendum est, quod quandoque propter legis aut hominis dispositionem res nequeat praestari, adeoque heres, aestimatione data, voluntatem testatoris implevisse videatur.

Enimvero *PAPINIANVS* docet, si testator praedia emerit, & testamento ex illis unum praedium Titio reliquerit, sed princeps resciderit totam venditionem, coniectura voluntatis, partem pretii, pro modo aestimationis, legatario soluendam esse, loco praedii, quod testator ipsi reliquerat. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

^{b)} *CYRAC.* l. VI. obs. 33.

^{c)} *TURNEB.* 19. advers. 26.

Ex eadem ratione iudicabimus legatum, si Titius Maecio domum legauerit, *deductis marmoribus*, quae *ornamenti perpetui* causa sint in domo. VLPIANVS enim respondet, *non detrahenda esse marmora*, sed aestimationem domus, deducto pretio marmorum, legatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. 1. Quod habet rationem, cum AVIOLA & PANSA, coss. factum sit SCrum, ut, *quae aedibus iuncta sint*, *suprema voluntate ab aedibus ne separentur*. l. 41. §. 1. D. de leg. 1. Cum enim, *ob legem* marmora nequeant a domo separari, pretium domus, ex testatoris voluntate, in locum aedium succedit.

Neque incommode hoc loco adiciemus aliam speciem, quam MARCELLVS atque MARCIANVS, diligentius tractauerunt. Aiant enim, si quid alicui *licite* relictum sit, sed ipse quidem, propter corporis sui *vitium*, vel propter qualitatem rei relictæ, vel propter aliam quamcunque *causam probabilem*, rem habere non potuerit, alius vero hanc habere potuisset, *quanti res illa comparari soleat*, tantam aestimationem illum habiturum esse. l. 114. §. 5. D. de legat. 1. Sed *causam probabilem* intelligunt MARCELLVS atque VLPIANVS, quae *culpa* legatarii careat, sed vel a *lege*, vel ab *hominis dispositione*, vel a *vi maiori* atque *casu*, aut a *natura negotii*, profecta videatur.

Neque erit alienum ab hoc loco, quod VLPIANVS l. 34. §. 7. D. de legat. 1. obseruauit, si rem *emerit* aut sub alio *onere* adquisierit legatarius, ut rem ipsam possideat, tunc ipsi aestimationem deberi, & usque ad *pretium*, quod legatarius exsoluerit, ipsi aduersus heredes *ex testamento* dari actionem: cum *beneficentia* testatoris debeat exitum habere, & *emptio*, quae interuenerit, ut iam res ipsa dari nequeat, aestimationis exsoluendae necessitatem heredibus imponat.

Sed maxime meretur obseruari, si *facto* vel *culpa* aliqua heredis res praestari non possit, *simpliciter* & *abscisse* deberi aestimationem. VLPIANVS enim auctor est, in *culpa*, per quam res perierit, *aestimanda*, non solum illam, quae *dolo sit proxima*, neque *leuem* duntaxat, praestandam esse, sed *verius esse*, quod etiam *diligentia* desideretur. l. 47. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero indiget disputatione, cum infiniti fere sint gradus *diligentiae* & *culpae*, si *praeter culpam leuem* etiam *diligentia* exigatur, id praecipuum videri, ut iudex, a cuius *arbitrio* pender *diligentiae* & *culpae* aestimatio, nihil facile remittat, sed lex illis, quae circumstant, *strictius* & *seuerius* aestimet, an non *homines frugi* officio *diligentia* exactior contineatur.

IULIANVS enim & AFRICANVS monuerunt, *culpae reum esse heredem*, si rem non requisierit, nec operam aut sumtum praestiterit, ut res restituatur: cum si hoc neglexerit, etiam de fructuum & sumtum aesti-

imatione

matione teneatur. l. 39. pr. & §. 1. D. de leg. 1. Hoc enim & a DYARENO ^{d)}
observatum est, & PRAESES alio loco ^{e)} comprobavit.

Inprimis vero, si *mora* heredis praecesserit, quidquid *postea* accidisse appareat, illud totum *heredi* imputatur. LABEO enim ait, si, post *mora* heredis, fundus, etiam chasmate, quod nulla vis humana prohibere potest, perierit, *deberi aestimationem*: cum legatarius, nisi *mora* interuenisset, antequam illud accideret, fundum vendere omnino potuisset. l. 47. §. 6. D. de leg. 1. quod & AFRICANVS, l. 108. §. 11. D. eod. & alii complures, inprimis IULIANVS, probauerunt. l. 39. pr. & §. 1. D. de leg. 1.

Imo vëro si nec *mora* admittita sit, neque *culpa* heredis res sit inter-
versa, tamen, si *facto heredis res perierit*, æquum est, *praestari aestima-*
tionem. Eleganter enim CALLISTRATVS notavit, si heres rem legatam
ignorans in funus consumserit, quamvis nec *dolo* nec *culpa* rem possidere
desierit, adeoque *reali* actione pulsari nequeat, tamen *in factum* actione
legatario consulendum esse, vt ipsi ab herede *indemnitas & aestimatio* prae-
stetur .l. 63. D. de leg. 2.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, *rem ipsam*, si regulam sequamur, legatario praestandam esse: sed interdum, *ex magna causa*, imprimis ob *coniunctionem & affectionem hominum*, aut *iniquam difficultatem*, si non commode res exhiberi possit, aut ob *testatoris voluntatem*, permitti heredibus, ut loco rei, quam dare possent, *aestimationem* legatario exsoluant. Denique, si res, *licite relicta a testatore*, vel *naturaliter*, vel *ob hominis aut legis dispositionem*, sine culpa legatarii, praestari nequeat, imprimis, si res *facto*, aut *culpa* heredis intercepta videatur, absolvere aestimationem, & in his extremis speciebus, etiam cum fructibus & sumptu, legatario deberi.

§. II.

Haftenus quidem comprobatum est, ex quibus caussis heres vel possit, Res extra vel non possit non, loco rei legatae aestimationem legatario praestare. Sed commercium inter istas species, quas proxime tractauimus, illa quidem maximam difficultatem habet, si res ipsa, a testatore alicui legata, ob legis dispositionem nequeat praestari. In hac enim tractatione distinctio admittenda est, ut inquiramus, quatenus, & qua de causa, lege ciuili rerum quarundam transgantur. Item prohibeatur, & si lega-

Igitur, prius quam de feudi legati aestimatione soluenda aliquid affir-
memus, operae pretium facturi videmur, si de prohibitio commercio copio-
sius exponamus. Primo enim quaedam generaliter alienari & legari & in
O 2 alios
a) DVAREN. ad l. 47. §. 5. D. de leg. 1. e) PRAESES de omni culpa in ne-
gotiorum iudicio praestanda §. 2. & 3. Id. de periculo pignoris. §. 3.

*) DVAREN. ad l. 47. §. 5. D. de leg. 1.

e) PRAESES de omni culpa in ne-

si legatarius alios transferri nequeunt, quia illarum rerum commercium omnibus inter-
sine culpa dictum est, ideoque res illae, quantum ad alienationem attinet, pro nullis
sua amittat illius rei com- quodammodo habentur. Sed de his quidem luculenter *VLP IANVS*, fu-
mercium, ipsi riosi esse, ait, si quis *campum Martium*, vel *forum Romanum*, vel
quandoque aedem sacram, vel *Salustianos hortos*, qui Augusti sunt, vel praedia, quae
aestimatio in formam patrimonii redacta a procuratore patrimonii principis admini-
coluenda est. strentur, legauerit testamento: cum haec talia *distrahi non soleant*, nec
commercium illorum, nisi *iussu principis*, cuiquam permittatur. Sed, quae
a furiosis relicta sunt, pro non scriptis merito accipiuntur, ideoque huius
legati ne quidem aestimatio praestatur. l. 39. §. 8. 9. & 10. D. de leg. i.

Itaque dicemus, si ipsum rei legatae commercium ob publicam utilita-
 tem simpliciter priuatis ademptum sit, ne illud vnquam ad priuatos perue-
 niat, sed ut vel diuinæ rei, vel vñibus principis & rei publicae relinquatur,
 inutile legatum esse, adeoque nec aestimationem legatario deberi. Sed ob-
 seruandum est, *ICTOS ademptionem illam commercii strictius interpretari.*

Itaque, si non *omnis alienatio*, sed sola rei legatae distractio, & *sepa-*
ratio a fundo, sub certis conditionibus, interdicta sit, ipsa quidem res legata
 sine fundo dari non potest, cum lex aperte obloquatur: sed, si saluo legis-
 latoris consilio, *aestimatio* exsolui possit, & in fraudem legis nihil admissum
 videatur, *benigna interpretatione* receptum est, ut, ob luculentam testato-
 toris voluntatem, *pretium* ab heredi peti possit.

Tetigimus superiori sectione eiusmodi speciem, quam *VLP IANVS*
 l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. i. tractauit. Si enim marmora, aut columnae,
 aut elia quaedam corpora, quae aedibus iuncta sint, legantur, quae ex *SCIO*
 ab aedibus seiungi & *distrahi* non possunt, num quidem simpliciter debebi-
 tur legatum: d. l. 41. §. 1. D. de leg. i. sed inspiciendum tamen erit, secun-
 dum eundem *VLP IANVM*, an non, salua lege, aliquando debeat *aestima-*
tio praestari. Non enim *simpliciter* prohibita est translatio marmorum &
 columnarum, sed hoc tantum consilio, ne *vrbs & prouincia ornamentis*
spolientur: si *CONSTANTINVM* audiamus. l. 6. C. de aedis. priuat.
 Ideoque permissum est possessoribus ex fundo suo in alium fundum suum
 columnas & marmora transferre: quod *D. SEVERVS* etiam probauit. l. 41.
 §. 3. D. de leg. i. Quapropter *VLP IANO* placuit, si huic conditioni satis-
 fiat, & nihil in fraudem legis committatur, *aestimationem* marmorum le-
 gatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. i.

Habes igitur *primam distinctionem*, ad quam respiciendum est, cum
 de *aestimatione* rei legatae, si ipsa ob legem praestari non potest, disputatur.
 Apparet enim, si res *simpliciter commercio omnium exempta sit*, neque rem
 legatam, nec *pretium*, deberi. Sed si, ut obseruauimus, quodammodo

cum

cum conditione, ex speciali causa, commercium rerum quarundam duntaxat, restrictum sit, facilius admitti, ut aestimatio peti possit.

Atvero in hac secunda specie porro distinguimus. Si enim non simpliciter interdicta est rei cuiusquam translatio, sed legibus tantum restricta facultas transferendi, illa restrictione vel heredi tantum, vel legatario duntaxat, vel utrique, sed cum conditione aliqua, ademptum est commercium rei legatae.

Si utrique commercium, sed cum conditione aliqua duntaxat, ademptum est, videndum, an, salva legis auctoritate, impleri possit voluntas testatoris: quod ubi apparet, si non res ipsa, certe aestimatio efficaciter debetur: quod supra ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. a nobis comprobatum est.

Contra, si heres duntaxat non habeat rei legatae commercium, PROCULVS ait, rem utiliter legatam esse. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Neque enim conditio heredis, propter quam ipsi commercium ademptum est, fraudi esse legatario, aut prohibere potest, quo minus hic testatoris beneficio fruatur. Igitur fingamus, fundum alienum TITIO legatum, sed heredem forenssem, quod statutis quorundam municipiorum constitutum est, res immobiles adquirere, & redimere non posse. Nihil dubito, quo minus Titio vel ipse fundus, vel eius aestimatio, debeat praestari, salva legis municipalis prohibitione, quae heredem a commercio rerum immobilium excludit. Siue enim fundus extet in bonis testatoris, non opus est heredis commercio, cum dominium fundi legati ad legatarium ipso iure transferatur: sin fundus non extet, sed per heredem ab alio redimendus sit, ab herede quidem, cui redemptio rei immobilis interdicta est, posci non potest, ut fundum redimat & praestet, cum lex ipsum excludat a redemptione, sed aestimatio debebitur, qua satisfieri possit voluntati testatoris. Neque enim in fraudem legis heres aliquid faciet, cui ipsi quidem possidere res immobiles non licet, sed pretium rei immobilis alii solvere non interdictum est. Itaque, secundum PROCULVM, si solus heres non habeat rei commercium, nihilo secius aut res legata, si sit in bonis testatoris, legatario praestanda est, aut si non extet, sed redimenda sit, aestimatio soluenda. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Hoc postremo enim casu heres quidem facultatem dandi non habet, quod VENULEIVS ait, sed res ipsa non est commercio exempta. l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.

Ita quidem existimandum est, si heres non habeat commercium rei legatae. Superest, ut de legato, quod incapaci relictum est, siue cuius commercium legatarius non habet, videamus. Et solebant veteres incapacibus, per interpositam personam, quaedam per modum fideicommissi taciti, relinquere: quod cum in fraudem legis factum videretur, inutile & infructuo-

fructuosum erat fideicommissario *incapaci*. De quo argumento *PRÆSES* alio loco copiosius tractavit. *f)* Certe *VLP IANVS* l. 34. *D. de verb. oblig.* si quis rem stipuletur, cuius commercium non habet respondit, *non valere stipulationem*, cum licite non intersit stipulatoris, rem ipsi, cuius commercium non habeat, promitti.

Sed ne de hoc quidem argumento certi aliquid *sine distinctione* potest constitui. Enimvero legatario *commercium* rei legatae vel *probrī & turpitudinis* suae causa, vel propter *casum* aliquem, qui non fuerit in eius *potestate*, & de quo nemo ipsum accusare omnino possit, est ademptum. Si *probrī* causa commercio illius rei legatario interdictum sit, certum est, *inutile legatum esse*, quod, *lege obloquente*, ipsi sit relictum. Neque esset audiendus legatarius, qui *aestimationem* peteret rei legatae, cuius commercio *per probrum* priuatus est. Alleganda enim esset a legatario *propria turpitudine*, quae efficeret, *ut rem ipsam petere non posset*. Sed constat inter omnes, illi non succurrendum esse, qui in *propria turpitudine* quaerat *fundamentum actionis*. Hoc intellexit *VLP IANVS*, qui, l. 114. §. 5. *D. de leg. 1.* tunc demum *incapaci* aestimationem dari iubet, si ipsi res *licite* fuerit relictā, id est, si neque *simpliciter* res sit commercio *exempta*, neque *ob ignominiam* legatarii commercio rei legatae ipsi sit interdictum.

Enimvero, si nihil tale *admissum* sit a legatario, quod ipsi cum *probro* efficaciter obiiciatur, valet legatum. *VLP IANVS* enim luculenter, si legatarius *ob quamcunque probabilem causam*, inprimis propter corporis sui vitium, aut *qualitatem rei relictā*, rem sibi legatam *habere nequeat*, *aestimationem dandam esse*, ait, l. 114. §. 5. *D. de leg. 1.*

Sed *probabilis causa*, sine dubio, dicitur, quae a *casu*, sine legatarii culpa aut *vitio*, profecta videatur. At vereor tamen, ut semper hoc verum sit, & aestimatio semper praestanda sit legatario, si ipse, sine suo *vitio*, commercium non habeat rei legatae. Idem enim, quem antea laudavi, *VLP IANVS*, alio loco, distinguit, *utrum sciuerit legatarium incapacem esse*, an *ignorauerit* testator. Ut puta: cum seruo alieno *militia* legata fuerit, & *sciuerit* testator, seruum esse, tunc demum *aestimationem solui* iubet *VLP IANVS*; sin vero *ignorauerit*, denegandam esse, ait, legati *persecutionem*, cum testator, si *sciuiisset*, non relicturus fuisse censeatur. l. 11. §. 16. *D. de leg. 3.*

Hoc vero adduxit *MANTICAM* g) ut existimaret, *semper* indagandum esse, in legato, quod *incapacibus relictum sit*, *utrum incapacem esse sciuerit*, an *ignorauerit* testator.

Verum
de legato tacito §. 3. g) *MANTIC.* de coniect. ultimar. volunt.

Verum enim vero, non ausim affirmare quod ex lege illa **VLPIANI** recte colligatur, quod nunquam subsistat legatum relictum *incapaci*, si testator *ignorauerit*, ipsum incapacem esse. Primo enim **VLPIANVS** tractat de *militia*, quod legatum *in quantitate* consistere, ex l. 49. §. 2. D. de leg. 2. supra est probatum. Itaque non proprie agitur in lege illa l. 11. §. 16. D. de leg. 3. de re legata, cuius commercium non habeat legatarius, cum seruus omnino sit capax *quantitatis*. Hoc enim **SAMVEL DE COCCHEI** ^{h)} erudite annotauit. Deinde de *seruo* agit **VLPIANVS**, & de *quaestione voluntatis* duntaxat, vtrum legaturus fuisset testator seruo, si *sciuiisset* seruum esse: & probabile erat, non fuisse legaturum, cum seruus, cui testator beneficium suum destinabat, non quidem incapax sit legati, vtilitatem autem sibi destinatam non admodum percipiat, sed in dominum transmittat. Quae ratio in aliis personis vtique non obrinebit.

Itaque ex lege l. 11. §. 16. D. de leg. 3. non sequitur, *semper* inutile legatum esse, si testator *ignorauerit*, legatarium *non habere commercium rei legatae*. Sed rectius iudicabimus, si dicemus, *legatarium* quidem, qui *sine culpa* sua commercium rei legatae non habet, aestimationem simpliciter petere posse, si *sciuerit* testator, ipsum *sine vitio* incapacem esse, cum appareat, non obstante conditione & *incapacitate* legatarii testatorem ipsi prospicere omnino voluisse. Sin *ignorauerit conditionem legatarii* testator, *quaestio voluntatis* erit, & ex *enixae voluntatis* significatione & *reliquis coniecturis*, eliciendum erit, vtrum, si *sciuiisset*, nihil eo secius legatum ipsi relicturus fuisse videatur. Hoc enim *etiam in legato rei alienae* **ALEXANDER** inspiciendum esse, praecipit. l. 10. C. de legat.

Sed de hoc argumento diligenter **IACOBVS MENOCHIVS**, ⁱ⁾ quem in plerisque argumentis magni facio copiose commentatus est.

§. III.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, *vtrum* De feudo
& quando heres, feudo legato, de re praestanda vel aestimatione exsoluen- non facile
da teneatur. disponi potest
est *suprema*

Enimuero non ignoro, quanta *varietate* tractatum sit hoc argumen- voluntate.
tum a **BALDO**, **IOANNE FABRO**, **MANTICA**, **VINNIO**, & aliis Nisi ex con-
omnino multis, quos **IACOBVS MENOCHIVS** ^{k)} **ANDREAS FACHINEVS** ^{l)} & **SAMVEL DE COCCHEI** ^{m)} in illa lite testes & arbitros esse
voluerunt. feudaliū
successorum.

^{h)} **SAMVEL DE COCCHEI** iuris ciuil. controuerf. L. XXX. quaest. 14. obiecit. 3. Sed dami-
ⁱ⁾ **MENOCH.** L. VI. praesunt. 120. ^{k)} **IACOB. MENOCH.** de praef. L. IV. nus directus
praef. 119. n. 6. fqq. ^{l)} **ANDREAS FACHINEVS** controuerf. iur. L. V. vasallo & va-
c. 37. ^{m)} **SAMVEL DE COCCHEI**, iuris ciuil. controuerf. L. XXX. c. 14. fallus domi-
in fine. no recte feu-
dum legant.

Sed *FACHINEVM* quidem, qui eruditissime hanc litem disceptauit, inprimis mouet, quod *de feudo suprema voluntate disponere penitus nequeat vasallus*, ideoque *inutile legatum feudi esse* censet, ut ne *aestimatio* quidem feudi debeat.

Igitur attinet monere, quousque porrigatur facultas vasalli, cum feudum cogitat in alium transferre.

Nimirum de *feudis propriis* quidem expeditum est, *nullam*, quod dicunt *compilatores: ordinationem defuncti* in feudis admitti. 1. F. 8. cum *ne pro anima* quidem, id est, ecclesiae, & ad *pias causas*, feudum relinqui posse censeretur. 2. F. 9. §. 1.

Quae cum ita sint, non videtur locus esse dubitationi, *inutile & nullum esse* legatum, quo feudum extraneo a testatore assignatur.

Sed admonendum est, in utroque capitulo de *successorum* praeiudicio, & de *fraude*, quae cuiquam fiat, a compilatoribus tractari. Enimvero, in priori loco de *successione filiorum & nepotum* disponitur, quae *ipsis solis* relinquenda sit, *nihil* in contrarium *valente defuncti testamento*, 1. F. 8. pr. In posteriori specie 2. F. 9. §. 1. prohibetur feudi alienatio, quae *in fraudem* facta esse videatur.

Qua propter disputatione vix indiget, tunc demum testamento de feudis disponi non posse, si cuiquam *fraus* fieri, vel *ius quaesitum* extorqueri, testamento videatur. Sed ex hoc loco intelligitur, *feuda* non esse *simpliciter* cominercio exempta, sed *alienationem, testamentariam* inprimis, cum *conditione* quadam & ex *speciali causa* prohiberi. Atuero de his quidem speciebus, supra §. 2. p. 15. ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. probauimus, non prorsus *inutiliter* illas res *legari*, quarum alienatio ex causa speciali sub conditione prohibita a testatore videatur: sed *aestimationem* quandoque soluendam esse, si nihil *in fraudem* legis committatur, adeoque salua lege satisfieri possit defuncti testamento.

Igitur videamus, de illis speciebus, in quibus nemini omnino *fraus* fiat, neque *ius quaesitum* cuiquam extorqueatur, quamuis testator extraneo feudum relinquat testamento. Et in hoc quidem argumento certum est, de *domini directi & descendantium*, illorumque, qui prima aut *simultanea investitura comprehensi sunt*, duntaxat praeiudicio tractari, si feudum in extraneum transferatur testamento.

Quapropter res ipsa loquitur, *si nihil domino directo, nihil illis*, qui *prima* aut *simultanea investitura comprehensi sunt*, *subtrahatur, cessare prohibitionem* testamenti, quo feudum cuidam relinquatur. Res erit luculentior, si per species singulas eamus. Primo enim, si ipse dominus *directus* ipsi *vasallo*, quem *de feudo* inuestiuerit, feudum illud relinquat testamento, & ipse *dominium directum*, *iure pleno & perfecto adquisiuerit*, nemo

nemo dubitabit, dominum directum de feudo efficaciter disposuisse. Idem dicemus, si vassallus, qui solus de feudo nouo inuestitus sit, neque successoribus masculis ex se natos relinquat, feudum legauerit domino directo. Cum enim nemini per testamentum illud noceatur, cessabit interdictum, quo omnis de feudis dispositio supremæ voluntatis infirmatur. l. F. 8. 2. F. 9. §. 1. Quamuis enim non solum ad dominum directum sed etiam ad vassallum reali iure feudum pertineat, tamen IULIANVS opportunè monet, si quid legatario desit, & testator ius aliquod in illa re habeat, quam alteri legauerit, valere omnimodo legatum. l. 71. §. 5. D. de leg. 1. Idem & PAVLO placet, ut, si testator fundum cum legatario communem ipsi legauerit, portio, quæ ipsi desit, legatario relicta videatur. l. 5. §. 2. D. de leg. 1.

Non aliter iudicabimus, de feudo mere hereditario, si simpliciter facultas libertine testandi vassallis relicta est, n) cum nec dominus directus, nec quisquam alius conqueri omnino posse videatur, si feudum, possessoris potestati plenissimæ relictum, in legatarium feudi capacem transferatur. In eandem sententiam respondebimus, si dominus directus generaliter cuius possessori facultatem dederit, feudum in alios quomodocunque transferendi. o) Denique vix attinet monere, ex consensu domini directi & simultanee investitorum & successorum feudalium, valere testamentum, quo feudum extraneo relinquatur, cum in hac specie nec fraus cuiquam fiat, ideoque cesset omnis causa prohibitionis.

In his igitur speciebus ipsum feudum ad legatarium perueniet ex testamento.

§. IV.

Non igitur potest esse obscurum, feuda non quidem simpliciter commercio exempta esse, sed, si nemini fraus fiat, imprimis ex domini directi, & successorum feudalium consensu, & vendi atque intra viuos alienari, imo vero etiam mortis causa transferri posse. Quapropter non facere possum cum FACHINED p) qui feudum prorsus inutiliter legari & ex hoc legato ne quidem deberi aestimationem arbitratur. Imo vero, plerumque a domino directo & agnatis, ceterisque successoribus, facultas, feudum etiam proprium in alios transferendi, pecunia redimi posse scimus. Quæ propter ausim affirmare, legato feudo, videri quantitatem, qua feudum redimi solet, legatario relictam. Eodem modo enim PAVLLVS atque VLPIANVS ^{Filius testatoris feudi paterni aestimationem legatario solvere tenetur hæc etiam ab alio heredem soluenda est quantitas feudum incapaci relictum sit.}

n) HORN. iurisprud. feud. c. 4. §. 38. & 40. LVDW. de diuis. feudi, c. 4. p. 102.

o) Vid. priuileg. Ferdinandi I. Lusatis concessum in codic. August. T. II.

p) FACHIN. L. V. controuersi.

militia aut *tessera frumentaria* legata *quantitatem* legatam intelligi docuerunt, quod ex l. 49. §. 1. D. de leg. 2. & l. 11. §. 16. D. de leg. 3. supra a nobis comprobatum est.

Igitur dicemus, si *extraneo feudum* legauerit *vasallus*, damnatum videri heredem a testatore, vt a *domino*, aut successoribus *impetrare studeat* & *redimat* ius illud feudum transferendi, & postea legatario feudum tradat, vel, si non possit, praestet ipsi *aestimationem*. Hoc enim generaliter receptum est, vbi *res quodammodo aliena* legatur testamento: vt, si redimi non possit, quia non vendat illam dominus, vel *pretium immodicum* constituat, aestimatio praestetur: quod supra ex GAII praecepto, l. 14. §. 2. D. de leg. 3. obseruatum est.

Inprimis vero si *filios masculos*, ad quos spes feudi pertineat, *reliquit vasallus*, dubitari non potest, teneri filios, vt *agnoscant voluntatem testatoris*. Hoc enim & *iure feudali communi*, 2. Feud. 45. & 51. & *Saxonico* II. §. R. 21. & *electorali* P. II. const. 47. & *constit. inedita* IV. luculenter praeceptum est.

Quare videamus, *an non filius ipsum feudum legatario praestare teneatur*. Sed primo quidem manifestum est, ob stare alienationi omnino domini directi praerudicium, cui inuito non obtrudi potest alius *vasallus*. Deinde, si etiam impetrari possit domini, illorumque, quorum interest, consensus; tamen facio cum *VLPIANO*, qui, ob *iustam & probabilem* causam permittit heredi, *aestimationem* potius soluere, quamuis res ipsa praestari potuisset. l. 71. §. 3. fqq. D. de leg. 1. Sed magna est, & probabilis causa, si filius *antiquum feudum*, a maioribus profectum, ad splendorem familiae & posteritatis amplificandum olim a parentibus suis comparatum, *retinere* atque *ad suos posteros* malit transmittere, quam *ad legatarios extraneos transferre*. Enimuero praestatio ipsius feudi *iniquam difficultatem* in hac specie habere videretur, ob quam causam pro re aestimationem dari posse, supra §. 1. p. 7. expediuimus.

Praeterea, si testator feudum reliquerit legatario etiam *incapaci*, cui non *ob probum*, aut turpitudinem suam, sed sine culpa sua, facultas acquirendi feudi sit adempta, non difficulter affirmauerim, *deberi aestimationem*. Hoc enim, vt supra diximus, in omnibus rebus, licite relictis, quas legatarius ob *probabilem* causam habere non possit, receptum esse *MARTIANVS* docet, vt, si alius illas res habere possit, legatario incapaci tantum praestetur, quanti res illae comparari potuissent. l. 114. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero, vtrum *sciuerit*, an ignorauerit testator, legatarium feudi *incapacem*, aut rem feudi iure obligatam esse, in magno discrimine ponemus: cum, siue sciuerit, siue ignorauerit conditionem, semper inquirendum sit, an *serio & enixe* rem legatam voluerit legatario praestari, & *utrum*,

virum, si sciisset conditionem, feudum non relicturus fuisse videatur. In hac enim causa quaestionem voluntatis maxime versari, supra ex VI-
PIANI l. II. §. 16. D. de leg. 3. a nobis comprobatum est. Sed coniectu-
ram voluntatis facile ex ipsis verbis capiemus.

Extremo, si vel heres, qui legatario feudum praestare iussus sit, feudi
commercium non habeat, atque incapax feudi censeatur, tamen tenebitur
de aestimatione. Generaliter enim PAVLLVS docuit, ab herede, qui rei
legatae commercium non habeat, vel rem ipsam praestandam, si illa in bo-
nis testatoris fuerit, vel aestimationem dandam, vt supra ex l. 49. §. 3. D. de
leg. 2. copiose demonstratum est.

Extremo admonendum est, illa, quae adhuc dicta sunt, non de feudis
regalibus, quae principibus Germaniae ab imperatore tribuuntur, illorum-
que aestimatione, sed de non regalibus, quae absque dignitate priuatis
concedi solent, accipienda esse: de illis enim iam tractare instituti ratio non
permittit.

§. V.

Igitur feudo legato plerumque aestimatio debetur. Sed habet ali-
quam difficultatem, quomodo aestimandum sit feudi pretium, cum illud in-
ter dominum directum & vasallum quodammodo diuisum sit adeoque iure
quodam, quod dominio proximum sit, non pleno dominio, pertineat ad te-
statorem. Et disputatione vix indiget, non totam aestimationem fundi le-
gatario deberi, sed deducendum esse pretium domini directi, id est, exqui-
rendum esse, quanti res minoris vendi possit, quod fundus non ad omnes
heredes, sed ad quosdam tantum successores transmitti, adeoque aliquando
reuocari atque ad dominum reuerti, possit.

Feudum ae-
stimatur de-
ducto iure
domini dire-
cti. Si domi-
nus directus
post testa-
mentum fa-
ciunt rem le-
gatam in
feudum con-
uerterit, le-
gatum ad-
emptum est.

In qua computatione etiam ad numerum proles, qua munita sit im-
mortalitas familiae, aut ad numerum simultanee inuestiendorum, qui a do-
mino directo admitti soleant, respiciendum est, vt tanto minus legatario
praestetur, quanto citius feudum, si illud a domino directo nactus esset, ab
eius posteris & simultanee inuestiendis reuocari posse, & quanto minus illud
legatario vtile futurum esse, videatur. Haec enim omnia, si conuentione
res confici non possit, arbitrio iudicis definiuntur. Ita certe IULIANVS
l. II. §. 3. D. de mortis causa donat. praecepit.

Denique deferam hunc locum, si illud vnum adhuc confecerim, vtrum,
si testator allodium, Titio legatum, post conditum testamentum, alii offe-
rat in feudum, & vel liberos masculos habeat, vel aliis simultaneam inue-
stituram impetrauerit, vtrum, inquam, mutatione illa allodii in feudum,
illud legatum ademptum sit, an nihil eo minus legatario pretium omnino
debeat.

Sed opportune quidem POMPONIUS occurrit, qui generaliter rem legatam, quae post conditum testamentum alii destinata fuerit a testatore, legatario ademptam esse, docet, l. 24. §. 3. D. de leg. 1. Iam vero res ipsa loquitur, per obligationem allodii in feudum rem legatam partim heredibus masculis duntaxat, partim simultaneae inuestitis, extremo etiam domino directo, destinari. Itaque ademptum videbitur legatum, hinc ne aestimatio quidem efficaciter peretur. Nudam enim voluntatem sufficere in ademptione PRAESES q) alio loco comprobavit.



LIX.

PORTIO STATVTARIA MARITO AB VXORE BONA MENTE ADIMI POTES.

AD CONSTIT. ELECTORAL. SAX. VII. P. III.

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

§. I.

Beneficia & iniuriæ ex animo dantis & facientis aestimantur. Beneficia nec iniuriæ nec dantis sunt Beneficia pro pinquis maxime debentur.

Nihil a natura nobis tributum est, quo & maiores humanae conditionis commoditates & plura incommoda contineantur, quam, quod ex praesentibus etiam de futuris hariolari & iudicare possumus, adeoque vel ad spem felicitatis erigimur, vel dolores nostros & mala imminetia e longinquo, sollicitudine & metu, praesentimus. Plerique certe, etiam hebetes nec inuites & tardi, tunc maxime ingeniosi sunt, & diligentissime animum aduersilia nec dant, ubi ex praesenti vel iniuria vel beneficio coniiciendum est, quid in posterum ab aduersario aut amico doloris vel iucunditatis expectare possideantur. Quapropter, in plurimis negotiis, illa, quae ab aliis in nos commissa aut profecta sunt, ex illorum animo & voluntate aestimamus, neque ut ferae bestiae, in praesenti vel beneficio vel iniuria haeremus & subsistimus, sed ex animo dantis vel facientis iudicamus, quid de illo in posterum vel timere, vel confidere & sperare, debeamus.

Enim.

q) PRAESES, quomodo legatum nulla voluntate adimatur.

Enimuero multum refert, quod L. ANNAEVS SENECA ^{a)} praecepit, multum, inquam, refert, quid *rektor ille animus* cogitet, qui rebus omnibus, in nostra potestate constitutis, *formam dare* solet, vt vel laude digna vel vituperanda esse videantur.

Hoc est, quod VLPIANVS monet, etiam in *furtis & rapinis* iudicandis, *non factum duntaxat* inspiciendum esse, sed inprimis *causam faciendi*, l. 39. D. de furt. l. 2. §. 18. D. vi bonor. rapt. cum animo & voluntate facientis *forma* ac substantia *delicti* maxime contineatur.

Verum, vt ad iniurias & beneficia reuertamur, luculenter idem SENECA ^{b)} alio loco, quam *libenter* quis *profuerit*, quam *inuitus nocuerit*, inspiciendum esse, ait, quoniam, *animo & beneficia & iniurias* constare, certum sit: quod & PAVLLVS atque VLPIANVS in *iudicio iniuriarum* probauerunt. l. 4. & l. 3. §. 1. & 2. D. de iniur. & fam. lib.

Et habet illud rationem, cum neque multum *gaudere* possimus de commoditatibus, quas *animo maligno & studio nocendi* nobis paratas esse cernimus, vt pestis quaedam in futurum nobis imminere videatur, neque multum dolere debeamus de accepto incommodo, quod magis *a fortuna*, quam odio aduersae partis, ad nos peruenisse intelligamus.

Enimuero hoc est illud praecipuum, quod in hominum conuictu atque in societate omnium bonorum inprimis quaerimus & expectamus, vt nobiscum *bono animo* agatur, vtque hominum *voluntates* nobis deuinctae sint, denique vt *mutuo amore & consensione* in vnus societatis corpus quodammodo coalescamus. Hoc M. TVLLIO ^{c)} in mentem venit, qui in referenda gratia in primis, *quo quisque animo, studio, beneuolentia*, aliquid *fecerit*, ponderandum esse, docet: cum multi faciant multa, temeritate quadam, sine iudicio, sed vel morbo, in omnes, vel repentino quodam impetu animi, quasi vento, incitati, quorum *beneficia* non aequae magna sint, atque ea, quae *iudicio, considerate, constanterque* sint delata.

Igitur, quod idem, quem antea laudauimus, SENECA affirmat, ^{d)} non *rem*, sed *vim rei*, id est, quo animo, quo tempore, quo loco, qua conditione, *quibus ex causis*, quo modo aliquid datum sit, in aestimandis beneficiis spectamus. Aut, quod idem alio loco monet, non *quid fiat*, aut quid detur, refert, sed *qua mente* quid ab alio nobis tribuatur. ^{e)} Enimuero coire debent duo, quae beneficium efficiunt. Primum rei magnitudo, quae ex conditione temporis & personarum iudicatur, alterum, vt *eius causa* quis aliquid fecerit, ad quem voluerit beneficium peruenire, eum-

P 3

^{a)} SENEC. de benef. L. I. c. 6.

^{b)} SENEC. L. I. ep. 81.

^{c)} CIC. de off.

l. c. 15.

^{d)} SENEC. de benef. L. III. c. 8.

^{e)} SENEC. de benef. L. III.

c. 6.

eumque dignum iudicauerit, & libens ipsi attribuerit, & gaudium perceperit, quod ipse potuerit bene de altero mereri. *f)*

Quae cum ita sint, *animus & iudicium* dantis atque facientis maxime ex illo cognoscitur, si circumspectius elegerit, quid & quantum cuique tribuendum videatur. Inspiciendum est enim, quod CICERO *g)* obseruat, ne vel *obfit* benignitas iis ipsis, quibus benigne fieri a nobis videatur, aut ne ceteris *noceat*, ne maior sit benignitas, quam facultates, utque cuique aliquid pro dignitate tribuatur. Sed paullo luculentius SENECA noster *h)* primo dando esse *necessaria*, deinde *utilia*, proxime *iucunda*, utique *mansura*. Et ex hoc delectu, quam bene aliquis de nobis meritus sit, intelligemus. Extremo opportune M. TULLIVS adiecit *i)* optime societatem illam & coniunctionem hominum seruari, si, ut quisque *est coniunctissimus*, ita in eum benignitatis plurimum a nobis conferatur, sed primam societatem esse in ipso *coniugio*, proximam in *liberis*: mox sequi *fratrum* coniunctiones, deinde aliorum, qui ex eadem origine, in alias domos, tanquam in colonias, exierint: ut, quo quisque *propius nos attingat*, tanto *iustius* tantoque meliori *animo* in illum *beneficia* a nobis conferri censeantur. Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

Eandem fere rationem etiam in *iniuriis* sequimur: cum, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM, in illo, qui nos minus blande affecerit, non quid factum sit, sed quid alter *voluerit* facere, & qua de causa, aut quo delectu aliquid fecerit, inspiciamus, l. 3. 4. & 33. *D. de iniur.* quod supra fuit obseruatum.

§. II.

Etiam heredis institutio interdum est iniuria. *Exheredatio plerumque notam & iniuriam con- sinit. Exheredatio cum elogio. Exheredatio odio- sa est.* *Inter viuos* igitur, in hac societate & communione hominum, quam colimus, ut supra comprobatum est, ex *animo* cuiusque atque *voluntate* iudicium facimus, quid alteri propter *iniurias* aut *benefacta* debeamus. Sed *mortuorum* quidem voluntates, supremis *tabulis* expressas, a quocunque consilio, vel bono vel maligno etiam, profectas, facilius ferimus, cum nostra, propter *spem* aut *metum temporis futuri*, non intersit, quidquid illi, qui nobis amplius nec nocere nec prodesse possunt, de nobis sensisse videantur.

Verum enim vero, quandoquidem nihil quod ab alio profectum sit, homini sano atque liberali iucundum esse potest, nisi quod ex alterius de nobis *iudicio*, & studio quodam *beneuolentiae*, enatum & in nos derivatum intelligatur; etiam in *ultimis* voluntatibus aestimandis, non in paruo discrimine ponimus, *qua mente* aliquid relictum aut constitutum sit a testatore.

Qua-

f) SENECA. de benef. L. IV. c. 29. & L. VI. c. 7. *g)* CIC. l. off. c. 14. *h)* SENECA. de benef. L. II. *i)* CIC. l. off. c. 16. & 17.

Quapropter in *heredum institutionibus* inprimis, quibus plerumque quidem *beneficium* testatoris continetur, tamen inquirimus, *quo animo* testator hereditatem reliquisse videatur. Certe, si *VLPIANVM* audiamus, non valet heredis institutio, si quis heredem appellatione quadam, quae *contumeliae causa* adiacere subinde solet, in tabulis supremæ voluntatis nuncupavit. l. 9. §. 8. D. de *hered. instit.* Quod habet rationem, cum non sit dignum homine ingenuo *beneficium*, quod *cum probro & maledicto* relinquatur. Recte enim meus ille *SENECA* ^{k)} *maledictum*, inquit, esse incipit, non *beneficium*, in quo *vitium accipientis* agnoscitur. Sed elegantius *FABIVS VERRVCOSVS* ^{l)} *beneficium aspere datum* dixit esse *panem lapidosum*, quem esurienti accipere necessarium sit, comedere acerbum. Et generaliter *contumeliosa admonitione* efficimus, ut cum homo liber illam indignitatem ferre non possit, *beneficium* perdatur, & merito hereditas ab illo contemnatur, quem testator per contumeliam voluerit suo beneficio commaculare.

Imo vero, quod *DESIDERIVS HERALDVVS* observavit, ^{m)} contra bonos mores est, si heres agnoscat *contumeliosam* institutionem: cum agnitione hereditatis probum sibi obiectum confiteri, adeoque hereditate indignus esse videatur. Quapropter receptum est, *nullam* esse heredis institutionem, cui admonitio contumeliosa a testatore sit adiecta. Unam speciem *contumeliae* excepit *MARCIANVS*, cum *filius* heres instituitur cum *maledicto*: hoc enim receptum esse ait, l. 48. §. 1. D. de *hered. instit.* cum non soleant *parentes animo maligno* in liberos uti *maledictis*, quod etiam *VALERIVS MAXIMVS* ⁿ⁾ loco quodam observavit.

Sed ita quidem *heredum institutiones* ex animo defuncti, *probabilibus* indiciis prodito, interpretamur, & plerumque ita illas accipimus, ut testatorem *bene mereri* voluisse censeamus.

Haud paullo secius de *exheredatione* iudicium facere solemus. Illa enim, si *CVIACIVM* audias, fere *infamiam*, dedecus, iniuriam censetur continere. ^{o)} Sunt enim quaedam talia, quae plerumque ab animo maligno profecta esse iudicantur. De illa quidem *exheredatione*, quam veteres cum *elogio*, id est, *vituperatione* & exprobratione contumeliosa, fieri dicebant, nemo dubitat, quin ad *infamiam* aut *notam* spectare censeatur. *Elogium* enim ut diximus, plerumque *contumeliam* & *vituperationem* continebat. *AFRICANVS* certe iudicavit, filium cum *elogio* *exheredatum* esse, si pater ipsum iusserit *exheredem* esse, quia ipsum non ex se natum per-

k) *SENEC.* L. I. de benef. c. XI. in fine.

l) apud *SENEC.* L. II. de benef.

c. 7.

m) *DESID. HERALD.* observ. & emend. c. 28. apud *OTTON.* in

thes. T. II. p. 1345. sq.

n) *VAL. MAXIM.* L. V. c. 9.

o) *CVIAC.* ad

L. V. quaest. Papin. op. posthum. T. I. p. 118.

perspexisset. Sed luculentius *ULPIANVS* cum *conuicio* exheredatum esse ait, quem pater ex adulterio natum, non nominandum, latronem, gladiatorem, dixerit in tabulis supremæ voluntatis. l. 3. pr. D. de lib. & posthum. hered. instit.

Igitur, qui cum *elogio* excluditur hereditate, cum *conuicio* exheredatur. Eodem enim sensu *MARCIANVS* atque *CELSVS* reos cum *elogio*, id est, cum improbitatis admissæ contumeliosa commemoratione, custodiendos dari iubent: l. 6. & l. 11. D. de custod. & exhibit. reor. quod etiam *MODESTINVS* comprobauit. l. 3. pr. D. de re milit. *POMPONIVS* certe illum, qui cum *elogio* & vituperio *exheres* scribitur, ab illo, qui sine causæ allegatione excluditur, distinguit. l. 1. §. 9. D. de Carbon. edict. *SCAEVOLA* noster seruauit fideicommissum cum hoc *elogio*, id est, conuicio relictum: *MAEVO* liberto meo, nihil de me merito, illud dari volo. l. 37. §. 2. D. de leg. 3. Sed de his quidem *elogiis* copiose *CVIACIVS* p) tractauit.

Imo vero etiam sine *elogio* exheredatus, quandoque per contumeliam & cum nota videtur exclusus ab hereditate: quod *DESIDERIVS HERALDVS* elegantissime probauit. q)

Sed de illis quidem speciebus dubitari non potest, quin iniuriam contineat *exheredatio* in tabulis supremæ voluntatis. Et meretur obseruari, quod *PAPINIANVS* l. v. quaestionum expresse iniuriam appellet, si quis *exheres* esse a testatore iubeatur. l. 8. D. de inoff. testam.

Enimuero ipsa *quaerela inofficiosi testamenti* imitatur quodammodo iniuriarum actionem, *contumeliae vindicandae* causâ institutam, quod *ULPIANVS* indicauit. l. 1. §. 8. D. si quid in fraud. patr. cum doloris potius quam pecuniae persecutionem habere videatur. r)

Ex eodem fonte deducitur, quod in dubio odiosa sit exclusio legitimi heredis. Certe, secundum *POMPONIVM*, si in iisdem tabulis filius & heres scriptus, & nominatim exheredatus sit, heredis institutio praefertur exheredationi l. 21. D. de lib. & posth. hered. Sed haud paullo luculentius *PAVLVS* noster, aliam esse causam institutionis, ait, quae benigne accipiat, aliam exheredationis, quae nunquam adiuuanda videatur. l. 19. D. eod.

§. III.

Exheredatio
bona mente
etiam hodie
efficax est. Le-
gitima pie-
tatis causa
relinquitur

Vides, plerumque heredes legitimos cum ignominia & nota & indignatione testatoris, aut cum *elogio* excludi. Sed optime magistri artis nostrae per-

p) *CVIAC.* ad l. 3. D. de lib. & posthum. op. T. I. p. 1049.

obseru. & emendat. c. 28. apud *OTTONEM* in thes. T. II. p. 1345. sqq.

r) *CVIAC.* obseru. L. XVII. c. 17.

q) *HERALD.*

perspexerunt, & beneficia & iniurias non tam ex rebus, quam ex cuiusque ^{ut personis} voluntate, aestimari, & inquirendum esse, qua mente quid ab illo factum ^{proxime con-} sit, qui nobis vel aegre fecisse, vel beneficium omnino tribuisse, videatur. ^{iunctis con-} ^{sulatur.}

Enimuero aperte VLP IANVS, multos, inquit, non notae caussa exheredare liberos, neque ut eis obsint, sed ut illis consulant, ideoque fideicommissam illis hereditatem dare. l. 18. D. de liber. & posthum. hered. quod TRYPHONINVS etiam probauit, maxime, si caussam & necessitatem iudicii sui testator adiecisset. l. 16. §. 2. D. de curat. furios. Ideoque valebit institutio, si auus in suprema voluntate nepotes ex filio prodigo iusserit heredes esse, & filium exheredauerit, sed tantum illi alimentorum nomine legauerit a nepotibus, quantum ad illam caussam sufficere omnino posset, d. l. 16. §. 2. D. de curat. furios.

Sed clarius alio loco VLP IANVS, si filius non mala mente exheredatus sit, sed alia ex caussa, exheredationem, ait, ipsi non nocere: eoque referri, si furoris caussa, aut ob inpuerem aetatem, exheredatus fuerit, ne ipsi ab agnatis noceatur, sed extraneus heres hac lege institutus, ut filio resipiscenti, aut puberi, restitueret hereditatem. l. 12. §. 2. D. bonis libert.

Non minus elegantem speciem proposuit MARCELLVS, qui l. 52. pr. D. ad leg. Falcid. tractauit de liberto, qui patronum ex asse instituit heredem, filio legatum centum viginti, reliqua extraneo, reliquit, ne filius oneribus hereditariis implicaretur. De quo argumento ANTONIVS FABER ¹⁾ & FRANCISCVS MARSIVS GORDONIVS ²⁾ copiosius exposuerunt.

Extremo etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, imperatores, admiserunt matris testamentum, quae liberis non pure, sed sub conditione, hereditatem reliquerat, non ut iniuriam illis faceret, sed ut illis consularet, atque ipsorum commodis, apposita conditione, prouideret. l. 25. C. de inoff. testam.

Ex quibus locis apparet, etiam in exheredationibus iudicandis, quamquam illae plerumque, secundum SENECA ^{u)} a magna parentum indignatione & quadam fere desperatione atque iniuria profectae videantur, tamen multum referre, qua mente, quis exheredatus fuerit in suprema voluntate.

Naturali enim rationi veteres in hac caussa obsecuti sunt, dum docuerunt, quod neque iniuria videri possit exheredatio, cuius consilium non operandi aut notandi, sed ornandi ac defendendi filii caussa, pater ceperit, nec hereditas pro beneficio accipiatur, quae damnosa & luctuosa heredi futura esset.

¹⁾ ANTON. FAB. I. coniect. 15.

²⁾ GORDON. in praetermiss. iuris civil.

c. 3. apud OTTON. in thes. iuris Rom. T. II. p. 836.

^{u)} SENECA. L. I. de

clement. c. 14.

esset. Secundum TVLLII enim x) & SENECAE y) quae antea adduximus, praecepta, neque *damnosa*, neque *superuacua* & *inutilia* liberis beneficia a parentibus frugi relinquuntur, sed primo *necessaria*, deinde *utilia*, proxime *iucunda*, utique *mansura*. Quapropter ex his *caussis* iudicabimus, utrum *valeat exheredatio*, & utrum quis *bona mente* heredem legitimum exheredasse videatur, si heredi *obfutura*, aut certe *inutilis* & *luctuosa* quodammodo futura fuisset hereditas, aut non diu apud ipsum *mansura*, aut cum magno metu & incommodo coniuncta: inprimis si pro hereditate aliud quid relictum sit, quod *magis necessarium* aut *magis utile*, aut *diutius mansurum* censeatur, ut credamus testatorem *potius consulere*, quam *iniuriam facere* & *nocere heredi excluso voluisse*. Extant eiusmodi species sexcentae, in quibus, ex illis, quae circumstant, iudicatur, *bona mente* filium *exheredatum* esse, ut *exheredatio* subsistat. Plura eiusmodi MENOCHIVS, z) CARPZOVIVS, a) STRYKIVS, b) & OSIUS AVRELIUS, c) congefferunt, quae exscribere non vacat. Vnum meretur observari, *luculentam* desiderari *causam*, illamque ex ipsis *rerum argumentis* apparentem, ut quis *bona mente exheredatus* videatur. Neque tamen vel cum BALDO consensio d) qui *malam* semper *mentem* instigasse parentes suspicatur, ut liberos excluderent legitima hereditate. Huic enim M. TVLLIVS e) & SENECA f) inprimis obloquuntur. Neque vero BARTOLO g) obtemperare ausim, qui *pietatem* parentum in liberos sibi inuenisse visus est in quavis liberorum exheredatione. Sed magis fere faciam cum RIPA, h) qui tunc demum, si legitimi heredes non penitus exclusi, sed loco hereditatis alio testatoris beneficio ornati sint, potius *bona mente* factam videri censet *exheredationem*: inprimis si intelligatur, *ideo* initum esse consilium *exheredationis*, ut ne heres legitimus *fructu careat* hereditatis, sed ut commodo extantiori in posterum ipsi consulatur.

Eo inprimis pertinet, quod TRYPHONIVS observavit, *prodigum filium* subinde rectius *excludi* a parente, & nepotes ex filio hac lege institui heredes, ut alant *prodigum parentem*, cui hereditas *infructuosa* penitus futura, certe *non diu* apud ipsum *mansura* videatur. l. 16. §. 2. D. de *curat. furios.*

Non

x) CIC. de offic. L. I. c. 14. y) SENECA. L. I. de benefic. c. 11. z) MENOCH. de praesumption. L. IV. praef. 28. a) CARPZOV. P. III. constit. IX. def. 11. b) STRYK. vs. mod. L. XXVIII. tit. 2. §. 7. sqq. c) OSIUS AVRELIUS, de variant. Cuiacii interpret. disp. XI. in thes. Ottonis T. III. p. 722. d) BALD. ad l. 10. C. de oper. libert. e) CIC. orat. pro Rosc. Amerino. c. 19. f) SENECA. L. I. de clement. c. 14. g) BARTOL. ad l. 7. §. 6. D. de oper. libert. h) RIPA ad l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit.

Non multum ab hac specie abhorret illa, quam PAPINIANVS l. 3. §. 3. D. de *usur.* diligentius tractauit. Ait enim, *matrem*, cum tutoribus filiae & lubrico tutelae iudicio diffideret, res suas non filiae, sed Pollidio cuidam, hac lege reliquisse, vt totam hereditatem restitueret filiae, cum haec ad certam aetatem peruenisset: & PAPINIANVS censet, ratam fuisse *temporariam exheredationem*. Qua re efficitur, vt, quamuis heres ex die, aut ad certum diem, quod idem PAPINIANVS alio loco, l. 34. D. de *hered. instit.* docet, efficaciter relinqui nequeat, tamen *exheredatio* quasi ad certum tempus facta, non prorsus sit inutilis, si bona mente facta sit, & res heredi legitimo, per formam fideicommissi, cum fructibus restituatur.

Illud expeditum est, cessare querelam *inofficiosi testamenti*, si appareat, testatorem *exheredatione* legitimis heredibus *consulere* potius, quam *iniuriam facere* & *nocere* voluisse. Ita enim & ALEXANDER & DIOCLE-
TIANVS atque MAXIMIANVS rescripserunt. l. 12. & l. 25. C. de *inoff. testam.*

Extremo nec habebit facile testator, cur sibi timeat a IUSTINIANI noua constitutione, qui *Nou. CXV. cap. 3.* solam *ingratitude* admisit, ob quam liberi aut parentes legitima excluderentur. Ipsa enim *ingrati* & *indigni* appellatio, qua IUSTINIANVS illo loco vitur, ostendit, ipsum de eiusmodi speciebus tractauisse, in quibus *portio legitima* heredibus *utilis* esse, & tanquam *beneficium* relinqui potuisse, quod ipsis iniqua *exheredatione* per *iniuriam* negari & extorqueri videatur. Sed nemo dixerit *iniuriam* fieri, cum heredi res *inutilis* aut etiam *damnosa*, *exheredatione* adimitur, & in locum superuacuae hereditatis verum *beneficium* substituitur, & relinquitur legitimo heredi.

Igitur recte LYNCKIUS) *exheredationem*, ait, *bona mente factam*, habere *figuram* *exheredationis*, sed vere non esse *exheredationem*, sed pro *beneficio* accipiendam esse.

§. IV.

Habes exheredationem, quae, quamuis alias iniuriam contineat, tamen *Filius obae-*
si a *bona mente* & *prouido consilio* profecta videatur, pro *beneficio* potius, *ratus bona*
quam pro *iniuria* habetur. *mente exhe-*

Sed, vt solent per interpretationem rerumque vsum aliae atque aliae *redari potest.*
species enasci, de herede legitimo, qui iam *conturbauerit* & collapsus atque *ratus potest*
ad egestatem reductus sit, an in fraudem creditorum *exheredari* possit, *consentire in*
videamus. *exheredatio-*

Et primo quidem disputatione vix indiget, *inutilem* fere & infructuo-
sam esse hereditatem debitori, qui ne accepta quidem hereditate creditori-
bus creditores

Q 2

eius queribus satisfacere omnino posse, sed nihilominus in egestate & aere alieno man-
possunt de surus esse videatur. Igitur in debitoris obaerati persona, nisi sorte ignomi-
inofficioso te- niam decoctoris evitare studeat, *heredis institutio* non erit beneficium, quod
stamento. lu. SENECA ^{k)} affirmat, cum beneficia vel *necessaria* dari debeant, vel certe
re civili de. bitor. *com. utilia* aut *incunda*, utique *mansura*.

munis potest Enimvero rem superuacuum dare, & quae non commoditatem ali-
renunciare quam illi pariat, cui tribuatur, idem est, ac foeminae arma venatoria, aut
hereditati. rustico libros, aut iuris studioso retia mittere, ^{l)} aut vestimenta aestiua tem-
Sed propter pore brumali. ^{m)}
solam aequi-

tatem hodie Quae cum ita sint, ipse quidem *debitor*, qui videt, sibi hereditatem
delatam he- omnino non *profuturam* esse, sed ad creditores suos peruenturam, non fa-
reditatem cile queretur de ademptione. Sed habet aliquam difficultatem, an non cre-
omittere ne- ditores possint *conqueri*, qui, post cessionem bonorum, *in debitoris*, quasi
quit nisi ma- ior aequitas *mortui*, iura & omnes obligationes successerunt, aut, quae ante cessionem
ior aequitas *mortui*, iura & omnes obligationes successerunt, aut, quae ante cessionem
suadeat ut *in fraudem* ipsorum gesta sunt, efficaciter rescindere possunt.

ius commune Verum enim vero, ipsum quidem *testatorem*, qui *creditoribus* here-
potius sequa- dis sui *legitimi* nihil debuit, neque sua ex persona accusare possunt, cum
mur. Tunc enim & ho- ipsis non *obligatus* fuerit *defunctus*, neque ex persona debitoris, qui ipse de
die potest in *exheredatione*, *bona mente* facta, quae pro *beneficio* habetur, *conqueri*
ri suo remun- non potuisset. Ideoque animum affirmare, creditores, quamvis omne ius
ciare. debitoris communis in ipsos translatum sit, tamen non habituros *querelam*
inofficiosi, quam ipse *debitor* non habuisset. Ad eundem enim modum
DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS rescripserunt, patrem de *inofficioso*
testamento liberorum nomine queri non posse, quo mater hac conditione
liberos scripserit heredes, *si a patre emanciparentur*. l. 25. de *inoff.*
testament.

Quamvis enim patri non exiguum commodum conditione illa adima-
tur, tamen *ex persona liberorum*, quibus mater illa conditione consuluit,
pater non habebit *querelam inofficiosi* testamenti. d. l. 25. C. de *inoff.*
testament.

Igitur dicemus, creditores non posse *impugnare* patris testamentum,
quo filius *obaeratus*, etiam *post cessionem* bonorum, hereditate, *bona men-*
te, excluditur, ne bona perueniant ad *creditores*. Et ipse debitor habebit,
cur gaudeat, quod, loco superuacuae hereditatis, ad creditores peruentu-
rae, sibi *aliud* beneficium relictum sit, & *necessarium*, & utique *mansurum*.

Atuero posset aliquis ambigere, *si ipse debitor agnoscat testamentum*
hoc parentis, quo excluditur hereditate, annon hoc in fraudem creditorum
omnino gestum esse videatur. Si enim, VLPRIANVM, l. 1. §. 2. l. 2. & 3.

D. quae

^{k)} SENEC. l. benef. c. XI.

^{l)} Idem ibidem.

^{m)} Idem L. I. de benefic.

D. quae in fraud. credit. audiamus, ubi debitor aliquid fraudationis causa gessit, aut aliquem liberauit, aut *data opera aliquid omisit*, creditoribus *reuocatoria actio*, ex praetoris edicto, poterit accommodari: quod & *PAVLLVS* alio loco comprobauit: *ut, qui non fecerit, quod facere omnino debuisset, in fraudem creditorum fecisse videatur.* l. 4. *D. eod.*

Neque tamen permoueor, ut a sententia discedam, aut existimem, creditores accusare debitorem posse, qui agnouerit parentis testamentum, in quo *bona mente* est exheredatus. Primo enim *superuacua* est agnitio paterni testamenti, quod nec filius, nec creditores eius, impugnare potuissent. Itaque frustra queruntur de *agnitione* testamenti, quod etiam non *agnitum* rescindi penitus non potuisset.

Deinde, faciamus, quod efficaciter filius potuisset *non agnoscere*, aut *impugnare* parentis testamentum, non habebunt tamen creditores, quod dicant, in *fraudem* creditorum debitorem agnouisse exheredationem.

Nimirum aperte *ULPIANVS* l. 6. §. 2. *D. quae in fraud. credit.* & l. 124. *D. de reg. iur.* docet, debitorem, qui hereditatem vel *legitimam*, vel *testamentariam*, *repudiauerit*, non locum facere *fraudatorio edicto*, aut *Paullianæ actioni*; cum tantum *non adquirere* voluerit debitor, *non vero patrimonium*, iam *quaesitum*, *diminuere*, quod solum fere prohibeatur *fraudatorio edicto*. Quod habet rationem, cum *legitima* heredibus quibusdam relinquenda sit, non ut creditoribus illorum satisfiat, sed *ut ipsis legitimis heredibus beneficium exhibeatur*. Quis igitur accusauerit debitorem, qui non desideret legitimam portionem, quam sibi intelligit vel *damnosam*, vel certe *inutilem* futuram?

Sed inprimis in illa specie, cum, excluso filio, qui bonis cesserit, nepotes ex ipso nati ab auo heredes instituti sunt, *non fraudulenter*, sed etiam *ex officio pietatis* egisse videbitur debitor, qui agnouit testamentum, & *legitimam omisit*, ut liberis suis confuleret, quos viderat secum, si impugnasset testamentum & creditoribus hereditatem reddidisset, ad *egestatem* peruen-turos. Ita certe & *CALLISTRATVS* & *PAPINIANVS* responderunt: patrem, qui fideicommissum hereditatis maternae filio restituerit, *omissa Falcidia deductione*, potius *bonam fidem* & *debitam pietatem* in illa re secutum esse, quam fraudasse creditores: itemque debitorem, qui *non deduxerit quartam Trebellianicam* ex fideicommissio, quam retinere potuisset, non videri *fraudem* creditoribus fecisse, sed *fideliter egisse.* l. 19. & 20. *D. quae in fraud. credit.*

Merito igitur ignoscemus debitori, qui, ne vel ipse in posterum *alimenti* egeat & reipublicae molestus sit, vel *liberi eius* calamitatem parentis sentiant, agnoscit testamentum, in quo ipse *bona mente* exheredatus est,

& potius *alimenta* accipit, sibi relicta, liberis heredibus institutis. Ita quidem certe etiam CARPZOVIVM ⁿ⁾ video tenuisse.

Sed quamvis haec *iure scripto* certa ac definita sint, tamen ipsa nobis *aequitas*, qua ius scriptum subinde temperamus, videtur *obloqui* & prohibere, *ne decipiantur creditores*. Hi enim fere miseratione digni sunt, qui, nisi hereditatem debitori deferendam spectauissent, fidem debitori non fuissent habituri, ideoque spe sua excidunt, & creditum perdunt, *si debitor agnoscat exheredationem*. Certe illa *aequitas* & CARPZOVIVM ^{o)} & plures alios ^{p)} permouit, ut inter hereditatem *deferendam* & *delatam*, posuerint aliquod discrimen, & *delatam* hereditatem *non posse repudiari a debitore*, in fraudem creditorum, iudicauerint. Ipse etiam memini, hoc temperamentum *ICTis Vitembergensibus* in quibusdam speciebus placuisse.

Atuero, ut libere profitear, quid sentiam, non ausim facile, a *luculentis legum verbis*, quibus ipsa *aequitatis* ratio diligenter definita est, *discedere*, & *illa corrigere*, propter aliam *opinionem* *aequitatis*. Quid enim VLPIANO, & PAPINIANO & CALLISTRATO, respondebimus, qui aperte docent, *non acquirere hereditatem* debitori, bonis lapso, non solum *licere*, sed hoc etiam *pium esse*, & *bonae fidei* conuenire, si repudiatione illa posteritati debitoris consulatur, l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. *quae in fraud. credit.* Certe hanc ICTis Saxonis olim sententiam omnino placuisse, ut liceat debitori *non acquirere*, & feudum etiam *in fauorem filii* confestim refutare & omittere, BERLICHIVS, ^{q)} ex duobus rescriptis electoralibus probauit. Deinde, si ponamus, fauere creditoribus in illa causa speciem quandam *aequitatis*, certe constat, in *iudicanda aequitate omnia quae circumstant*, diligenter *aestimanda* esse, priusquam quid *aequius melius* videri possit, abscisse & generaliter profiteamur. Nimirum, si de *egestate liberorum* euitanda, & ipsis debitoris *alimentis*, quibus, si impugnaret testamentum, cariturus esset, disputetur, rectius fere liberis & debitori, qui ad egestatem redacti reipublicae oneri & impedimento futuri essent, quam creditoribus, rectius *pietati* testatoris, ipsis legibus apertis commendatae, quam creditorum desiderio, cui ipsa legum verba obloquuntur, in illa specie fauimus. Quapropter non dubitauerim affirmare, & testamentum, in quo filio *obaerato* alimenta relicta sint, sed ipse exheredatus sit, liberis eius heredibus institutis, omnimodo valere, & *piam esse agnitionem* debitoris, qua probat illam *exheredationem*.

§. V.

ⁿ⁾ CARPZOV. P. III. constit. IX. def. XI. n. 4 sqq.

^{o)} CARPZOV. decil. 161.

^{p)} DE BERG. resol. Lauterbach. p. 754 sq. id. elect. d. foren. p. 1117.

^{q)} BERLICH. P. II. decil. 168. §. 12 sq.

§. V.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare de *por- Vxor non*
tionem statutaria, quam *uxor marito obaerato*, relictis alimentis, ideo *ade- potest portio-*
mit, ne bona sua ad creditores eius potius perveniant, quam ad *maritum. nem statuta-*
Enimvero expeditum est & in controuersiam fere trahi non potest, por- riant marito
tionem statutariam coniugum, idest, partem hereditatis, quae coniugi super- *debitam re-*
stiti vel ex iure communi, vel prouinciali, vel municipali etiam, subinde de- stamento im-
beatur, imitari rationem legitimae illius portionis, quae liberis & parenti- *minuere. Por-*
bus deberur. Luculenter enim imperator, omnimodo quartam partem sub- *tionem statu-*
stantiae coniugi pauperi relinquendam esse, ait, neque illam interuerti posse, gitimam. Igi-
quamuis coniux a coniuge irrationabiliter excludatur. Nou. CXVII. c. 5. tur bona
Auth. Praeterea, C. unde vir & uxor. Haec enim portio coniugi super- mente potest
stiti ideo decernitur, ne impietate coniugis omnis spes hereditatis superstiti marito ad-
extorqueatur. Sed haec est natura legitimae portionis, Nou. CXV. c. 3. mi. Alimenta
definitae. marito obae-
ratato relicta

Et habet rationem, quod in *portione statutaria* diminuenda non plus *ipfi a credi-*
licere possit coniugibus, quam parenti *in legitima liberorum portione adi- toribus au-*
menda: cum, secundum M. TVLLIVM r) sint gradus quidam societatis queunt.
& officiorum, & in collocandis beneficiis coniunctissimo cuique plurimum
a nobis debeatur. Sed prima est societas in coniugio, proxima in liberis,
deinde in vna domo. Inprimis vero uxores, cum hae omnia debeant mari-
tis, bonum est, res suas omnes maritis permittere, si imperatores audia-
mus, l. 8. C. de pact. conuent. & nihil magis pium est, quam si hanc ma-
ritis gratiam pro summis beneficiis referant, & hereditatem ipsis liberalissi-
me relinquunt. Quapropter plerique omnes, & inprimis MEVIUS s) at-
que CARPZOVIVS t) praeceperunt, etiam iure communi, uxorem de
portione statutaria nihil posse deminuere *suprema voluntate.*

Sed inprimis in *electoratu Saxoniae* sapientissima lege constitutum est,
ne uxor testamento aliquid detrahat de portione legitima optime meriti ma-
riti: Daß dem Weibe nicht nachgelassen werde, dasjenige, so dem überle-
benden Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch einen letzten Wil-
len zu vermindern.

Quid ergo faciemus de *uxore*, quae marito *obaerato* subtraxerit *por-*
tionem statutariam *suprema voluntate*, & vel *liberis*, vel etiam *extraneo*, il-
lam reliquerit, cum fideicommissio, vt marito alimenta annua praestentur.
Dices, nihil egisse hanc uxorem, cui per legem adempta sit testamenti factio,
qua portio statutaria mariti minuatur.

Sed

r) C. I. C. de offic. l. c. 14.

s) MEV. ad ius Lubecens. P. I. tit. 1. art. 8. §. 57 seq.

t) CARPZOV. P. III. constit. 7. def. 15.

Sed salua res, & valebit vxoris testamentum. Nimirum res ipsa loquitur, *in fauorem mariti* ademptam esse vxori illam testamenti factionem, vt *improbitali* mulierum occurratur, & debita maritis *pietas* praestetur. Sed *nulla* esset illa *pietas*, qua portio hereditatis, non *maritis*, sed *creditoribus* illorum, profutura, ab vxoribus relinqueretur maritis, peruenientibus ad extremam egestatem. Hoc enim necessario euenturum esset, si *marito obaerato* portio statutaria praestaretur. Imo vero vxor non potest magis *pia* esse in miserum maritum, quam si *marito* sibi coniunctissimo diligentissime prospiciat, & *alimenta* etiam relinquat, ne egeat in posterum & reipublicae molestus sit, atque ad mendicantiam redigatur.

Quapropter, vt supra obseruatum est, *ex animo vxoris*, vt quoduis *beneficium* & quaelibet *iniuria*, ita etiam *ademptio portiois statutariae*, imprimis *iudicatur*. Et *valebit ademptio*, vxoribus propter solam *impietatis* suspicionem interdicta, si *bona mente* & *pio consilio* maritum excluderint *inutili* aut *damnosa* portione, non *notae causae*, sed vt *consulant indigentiae* mariti, & *alimenta* ipsi pareant, & bene de ipso mereantur. Cum enim eandem rationem *in liberis exheredandis* etiam hodie sequamur, vt, quamuis *legitima* ipsis pleno iure debeatur, tamen, si illa sit inutilis, potius *alimenta* relinqui possint, portione legitima adempta, quod supra ex l. 18. D. de lib. & posthum. & l. 16. §. 2. D. de curat. furios. & l. 12. §. 2. D. de bonis libert. a nobis comprobatum est; quae inuidia est, quo minus etiam vxori facultatem *pietatis* exercendae relinquamus, quam *parentibus* largimur, vt possit, pro *inutili* portione, *alimenta*, *beneficium necessarium* & *utile*, & *mansurum*, tribuere marito.

Quae cum ita sint, creditores quidem accusare non possunt vxoris testamentum, quasi *in fraudem* ipsorum marito *legitima portio* adempta videatur, cum nihil vxor debeat creditoribus mariti, adeoque illi non habeant, quod de *fraude*, *sibi facta*, conquerantur. Itaque nec *debitori* recte indignantur, qui *agnoscit* pietissimum vxoris testamentum, cum nec ipse queri possit de portione, quae *bona mente* sibi sit *adempta*, & facultatem habeat, ex *pia* & *iusta causa*, non *adquirendi* siue *omittendi legitimam hereditatem*. l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. quae in fraud. credit.

Vnum video huic sententiae obstare, quod *ipso iure* portio statutaria pertineat ad superstitem maritum, adeoque creditoribus subtrahi non posse videatur. Nou. 117. c. 5. Const. elect. Sax. 7. P. III. Verum enimvero, etiam *liberis heredibus suis* legitima ex parentis hereditate *ipso iure* acquiritur, & *legatorum dominium*, post aditam hereditatem, *ipso iure* transit in legatarium. Sed IULIANVS tamen ait, si legatum repudiauerit debitor, illum non videri aliquid fecisse *in fraudem creditorum*. l. 6. §. 3. D. quae in fraud. credit.

Ex quibus rebus apparet, *tutum* esse vxoris testamentum, quo *vxor* maritum *bona mente* portione statutaria exclusit, *relictis alimentis*, vt neque a *debitore*, cuius fere non interest, neque a *creditoribus* eius, impugnari possit. Hoc enim & B. BERGERVS quodam loco ^{u)} videtur agnouisse.

Restat, vt de *alimentis* illis videamus, quae marito *obaerato*, ab vxore, in locum portionis statutariae subinde relinquuntur. Sed haec quidem a creditoribus, ad quos portio statutaria ceteroquin peruenisset, non possunt vindicari. Enimuero MODESTINVS l. 7. D. de *cession. bonor.* tunc demum bona, post cessionem bonorum nouiter adquisita, venundari posse docet, si tales sint facultates, quibus praetor moueri posset: &, secundum VLPIANVM, de nouiter adquisitis debitor, *in quantum facere potest* duntaxat, condemnatur. l. 4. pr. D. de *cession. bonor.* Igitur dubitari non potest, *alimenta* debitoris non pertinere ad ius creditorum. Imo vero luculentius idem VLPIANVS, l. 6. D. *eod.* si quid menstruum vel annuum, *alimentorum nomine*, debitori misericordiae causa fuerit relictum, non iterato, ait, vendi posse bona debitoris, sed haec debitoris propria videri.

§. VI.

Offerebatur superiori anno Scabinis Vitembergensibus eiusmodi species, quam, operae pretium fuerit, referre. Iulolenus, bonis lapsus, bonis cesserat. Vxor eius opulentior testamentum fecerat, & portionem statutariam ademerat marito obaerato: & primo gradu filium, secundo sororem aut aliam cognatam scripserat heredes: relictis marito alimentis. Creditores impugnabant testamentum, quasi *in fraudem suam* factum. Scabini Vitembergenses consuliebantur, an ademptio portionis statutariae valeret. Responsum est, valere. En tibi formulam responsi:

Singularis
species re-
sponso illu-
stratur.

Obwohl einem Erblasser, seinem Ehegatten die ihm verordnete statutarische Portion wider dessen Willen, in einem Testamente, oder anderer Disposition, auf den Todes-Fall zu kürzen, oder zu entziehen ordentlicher Weise nicht nachgelassen

Part. III. const. Elect. 7.

MEV. ad ius Lubec. p. I. Tit. I. Art. 8. n. 57 sequ.

CARPZ. P. III. Const. 7. Def. 15.

Hiernechst einem Schuldner, so in Abfall seiner Nahrung, und in einem Concurs gerathen, einiger Rechts-Lehrer Meinung nach, eine Erbschaft, so ihm wirklich angefallen, zum Schaden seiner Gläubiger, fahren zu lassen, und derselben sich zu begeben, nicht frey steht

CARPZ. Decis. 161.

Demnach

^{u)} DE BERGER. oecon. iur. L. II. tit. 2. §. 34. not. 21.

Fasc. VII.

R

demnach daß eines Theils das Testament sub A. darinnen dem Schuldner von seinem verstorbenen Eheweibe, an statt der ihm gebührenden Mobilien-Verlassenschaft, auf den einen Fall 30. Rthlr. jährlich, auf den andern nunmehr erfolgten Fall aber der Nießbrauch ihrer ganzen Verlassenschaft, auf seine Lebens-Zeit, beschieden worden, zu Recht nicht beständig, andern Theils die von dem Schuldner währendes Concurses beschene Agnition dieses letzten Willens, und die darunter steckende Renunciation seiner statutarischen Portion, von keiner Wirkung sey, mithin des Curatoris litis darwider gerichtetes Suchen allerdings gegründet, es das Ansehen gewinnt.

Diemeil aber dennoch, nach deutlicher Verordnung derer gemeinen Rechte auch einem in Concurs-befangenen Schuldner einen zu hoffenden Gewinnst, auch besonders eine, durch einen letzten Willen, oder sonst, auf ihn verfällte Erbschaft fahren zu lassen, und deren sich zu verzeihen unbenommen,

L. 6. pr. & §. 1. D. quae in fraud. cred.

Dahingegen einige Rechts-Gelehrte, und der usus fori an einigen Orten, nur wegen einer besondern Billigkeit, welche aus denen Umständen zu ermessen, davon abgewichen, und inter hereditatem deferendam & delatam einen Unterschied gemacht,

CARPZ. decis. 161.

DE BERGER. resol. Laut. p. 754 seqq.

Id. elect. D. for. p. 1117.

mithin solcher Unterschied nur sodann, wenn aus des Schuldners Zustande, und sonst, daß die repudation denen Gläubigern zum Tode geschehen, sich veroffenbaret, in gewisser Maße statt finden kan, dahingegen bey gegenwärtigem Falle von der Testatrix das Absehen lediglich auf ihres Ehemannes elenden Umstände, und daß derselbe, wenn ihre Verlassenschaft auf ihn verfället, und zum Concurs gezogen würde, an dem nöthigen Unterhalt Abbruch leiden mögte, gerichtet worden, demnach das angezogene Testament in Erwägung, daß so gar denen leiblichen Kindern die Erbschaft per exheredationem bona mente factam entzogen werden kan,

L. 18. D. de lib. & posthum.

L. 16. §. 2. D. de curat. furios.

L. 12. §. 2. D. de bon. libert.

eine unstreitige Billigkeit vor sich hat, und bey solcher Bewandniß, da der Schuldner damit zufrieden, keine Ursache, in deren Betrachtung von denen obberührten gemeinen Rechten bey diesem Falle abzugehen, sich ereignet, vielmehr dem Schuldner, bey so gestaltn Sachen, diese Disposition anzunehmen, unverwehret gewesen,

DE BERG. diss. de omitta hered. §. 76.

Id. oecon. iur. lib. II. Tit. 2. §. 34. n. 21.

So erscheinet dannenhero so viel, daß des Schuldners Eheweib obgedachtermassen, und nach Inhalt der Beylage sub A. zu testiren, auch der Schuldner solches Testament zu agnosciren, berechtiget gewesen, des letztern Creditores aber solchen letzten Willen anzufechten nicht befugt. B. R. W.

Sed iudex primae instantiae verbis constitutionis electoralis inhaeserat & resciderat uxoris testamentum:

Daß M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. volum. III. so fern dadurch deren Ehemanne die ihm gehörige statutarische Portion entzogen werden wollen, und da auf dessen Einwilligung und Entsagung seinem Rechte, zum Nachtheil derer Gläubiger, kein Absehen zu nehmen, zu Recht nicht beständig, sondern es ist, in Ansehung derer fol. 432 sequ. eod. volum. angeführten Umstände besagter M. S. E. Verlassenschaft zur Concurs-Massa zu bringen, zu solchem Ende J. G. E. daß er ein richtiges Inventarium, oder in dessen Ermangelung, eine endliche Specification, edire, oder die bereits fol. 473 sequ. allegat. volum. überreichte vermittelst Endes bestärke, aufzulegen, und bey dessen Verweigerung er darzu, durch vierzehntägiges auch ferner zu erhöhendes Gefängniß, anzuhalten: Es bleibet aber A. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem litis & bonorum ordentlich an- und auszuführen, unbenommen. B. R. W.

Sed curia provincialis Rutenbergensis, cum ad illam prouocatum esset, correxit sententiam priorem:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtsfertigung anhero erwachsen, derer Materialien halber erscheinet aus denen Acten und deren Partheyen rechtlichen Einbringen so viel, daß in erster Instanz übel gesprochen und wohl appelliret, derowegen M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. Vol. III. da sie hierinne zum Besten ihres Sohnes, ihren Ehemann bona mente übergangen, zumahlen dieser damit zufrieden gewesen, und die darinne enthaltene Substitution gestallten Sachen nach, als ein fideicommissum, vor zu Recht beständig zu halten, mithin deren sämtliche Verlassenschaft zur Concurs-Massa nicht zu bringen, noch auch A. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem litis & bonorum allererst ordentlich an- und auszuführen verbunden, sondern es ist besagter M. S. E. nach ihrem Ableben, vermöge Testaments, auf ihren nachhero gleichfalls verstorbenen Sohn J. H. A. E. gekommene Verlassenschaft, nach Abzug des dem Vater, als debitori communi, denen Rechten zuständigen Theils, und der Quartae Trebellianicae, als welches beydes zur Concurs-Massa zu bringen, Appellants Ehe-Frau zu überlassen, diese hingegen hiervon den gemeinen Schuldner den Dießbrauch auf seine Lebens-Zeit zu gestatten schuldig, B. R. W.

VTRVM
DIVISIO PER SORTITIONEM
FACTA
OB LAESIONEM RESCINDI
POSSIT.

AD L. III. C. COMMVN. VTRIVSQUE IUDICII.

VITEMBERGAE, DIE SEPT. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

*L. III. C. communia utriusque iudicii tam familiae
erciscundae quam communi diuidundo.*

*Impp. DIOCLET. & MAXIM. AA. & CC. Aureliae
Septimiae.*

Maiores etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio
factis diuisionibus, solet subueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod in-
aequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. P. P. XVI.
Kal. Iul. ipsis AA. (& Constant. III.) consl. 293.

§. I.

*Inique M. TULLIVS in topicis a) ad C. Trebatium, iurispru-
dentibus obiecit, rarius illos similitudinibus & collationibus rerum diuer-
sionem. Sed farum vii, quam philosophos & oratores. Enimuero etiam Iureconsultos
multum in natura docuit, hac facillime via perueniri ad cognitionem rerum abditarum,
terest inter diuisiones & si a rebus notis & familiaribus, comparatione quadam, ad res non prorsus
venditiones. quidem dissimiles, sed diuersas tamen, deducamur. Ita enim, intellige-
Feudum com bant, euenire, ut, quando a similibus ad non dissimilia, sed noua tamen,
mune vni in delabamur, non solum cupidius haec inuestigemus, sed etiam, quid inter
diuisione ad illa
iudicatum non
fit nouum.*

a) c1c. Topic. c. 10. §. 41.

illa discriminis inter sit, facilius perspiciamus. Accidit igitur veteribus, quod, apud MARONEM ^{b)} Tityro, qui, urbem, quam dicunt Romam,

— — — putabat
— — huic villae similem, qua saepe solebant
Pastores ouium teneros depellere foetus.
Sic canibus catulos similes, sic matribus hoedos
Norat, sic paruis componere magna solebat.

Certe studium illud comparandi apud veteres effecit, ut non solum *quasi delicta*, *quasi contractus*, *quasi ususfructus*, iurisdictione, senatusconsultis, interpretatione, ob singulares reipublicae rationes, ad exemplum delictorum, contractuum, & veri ususfructus, introduxerint, sed etiam alia negotia quam plurima, *comparatione similitudinis*, actione *utili* accommodata, ad species diuersissimas pertraxerint. Ex hoc fonte promanarunt illae partium diuersarum altercationes, quibus emphyteuticarius contractus, quod ZENO ait, modo cum emtionibus, modo cum conductionibus, *conferebatur*, donec, explosa illa *similitudine*, hic contractus propriam naturam adipisceretur. l. 1. C. de iure emphyteu.

Illud quidem expeditum est, hac veteres docendi ratione usos fuisse, ut negotia cum aliis negotiis conferrent, & quid inter illa *similitudinis* intercederet, diligentius inuestigarent. Sed iam quidem de *diuisione rerum communium* imprimis videamus. Et VLPIANVS quidem, *diuisionem* communis hereditatis, qua singulis heredibus singulae possessiones, cum portione aeris alieni, attributae sint, *permutationi similem* putauit, adeoque *praescriptis* verbis agendum esse, docuit, si quis discesserit a pactione: *cum certa lege permutationem cohaeredes fecisse videantur*. l. 20. § 4. D. fam. ercisc.

Nimirum habet rationem Vlpiani sententia, qua permutationi diuisiones comparauit. Recte enim PAVLLVS, itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. tradiderunt, quod, si non *pretium*, sed *res* pro re interuenerit, non *emtionem*, sed *permutationem*, fieri intelligamus. l. 1. D. & l. 7. C. de rerum permutat. Enimuero in *diuisionibus*, cum singulae particulae rerum singularum ad quemlibet *condominorum* iure reali & condomini pertineant, apparet, si singulae possessiones singulis condominiumis, vice mutua, attribuantur, non tam *pretium* pro mercede, quam *res* pro rebus dari, ut magis *permutationes* rerum singularum, quam *emtiones*, contractum videantur.

Sed aliter quidem visum est imperatori ANTONINO, qui l. 1. C. commun. utriusque iudicii, *diuisionem*, ait, praedictum, *vicem emtionis obtinere*. Videtur enim mouisse ANTONINVM, quod VLPIANVS & GAIVS

R 3

atque

b) VIRG. eclog. l. n. 20 sq.

atque PAVLLVS docuerunt, plerumque etiam pecuniam interuenire in diuisione, quod proxime accedit ad naturam emtionis: quandoquidem res iusto pretio aestimanda sit, & de euictione caueri debeat, & res per adiudicationem & condemnationem finiatur, adeoque opus sit, illum, cui quid adjudicatum sit, alteri certa pecunia pro re adjudicata condemnari. l. 2. §. 1. & l. 3. D. fin. reg. l. 10. D. communi diu.

Sed luculentissime ALEXANDER, l. 3. C. commun. diuid. rem exponit. Ait enim, quamuis non interueniat pecunia, tamen aestimatione iusta facta, singulis res singulas adjudicari, quasi pretium inter utrumque compensato, illoque, cui res maioris pretii obuenerit, condemnato, ut portionem alterius pecunia subinde exaequaret. Ex quo loco intelligitur, certe fingi in diuisionibus pecuniam interuenire, illamque inter condamnatos aut coheredes compensari, quasi singuli portionem suam alteri, aestimatione facta, vendidissent, & pretium alter alteri, breui manu & mutua compensatione, exsoluissent.

Quamuis autem non dissimulem, diuisiones praediorum naturaliter quidem magis cum permutationibus, quam cum emtione, conuenire; tamen non multum discriminis inter illos interest, qui diuisiones ex permutationis, & qui ex emtionis, natura aestimarunt. Enimuero, & GORDIANVS & inprimis DIOCLETIANVS tradiderunt, etiam permutationem habere vicem emtionis, l. 2. C. de rer. permut. & ad exemplum ex emto actionis agi, posse, si pro possessione alia possessio, quamuis nullo pretio constituto, promittatur, l. 1. C. eod. Certe & ARISTO & PAVLLVS vicinam esse permutationi emtionem obseruarunt l. 2. D. de rer. permut. itemque MODESTINVS, quasi emtionem factam esse docuit, cum pro quarta parte hereditatis fundus traditus fuisset, ficta constitutione pretii, eiusque compensatione, l. 62. D. de iure dotium: ut parum referre videatur, diuisiones ex permutationis an ex emtionis lege iudicentur.

Sed meretur tamen obseruari, quanquam cum emtionibus subinde comparentur rerum communium diuisiones, non tamen per omnia naturam emtionis inesse in diuisione. Primo enim in emtionibus, quod VLPRIANVS docet, res consensu definitur: l. 9. pr. D. de contrah. emt. & si regulam sequaris, nemo emere aut vendere cogitur inuitus. Sed in diuisoriis iudiciis, quod supra ex PAVLLO, GALIO atque VLPRIANO, obseruatum est, controuersia adiudicatione atque condemnatione, parte aduersa etiam inuita, terminatur. l. 1. §. 1. l. 2. D. fin. reg. l. 10. D. commun. diuid.

Deinde, quod obseruat FACHINEVS c) si causam utriusque negotii cogites, emtiones commerciorum & mutuae commodatis causa plerumque contrahuntur, quarum rerum cogitatione multa in illis, extra ordinem constituta

c) FACHINEVS controuerf. iur. L. VIII. c. 36. in fine p. 660.

stituta sunt: diuisiones autem, *necessitatis & controuersiae finiendae* causa sunt, cum, secundum *GAIUM*, *necessaria* sit rerum communium distributio, l. 1. pr. D. *fam. ercisc.* *ut controuersiae inprimis minuantur.* Hoc enim idem *GAIUS* l. 2. §. 1. D. *fin. reg.* atque alio loco *PAVLVS* l. 4. pr. D. *eod.* tradiderunt.

Extremo in emtionibus res *aliena* transfertur in emtorem; quandoquidem, secundum *POMPONIUM & PAVLUM*, nemo rem suam emit efficaciter, nec sciens, nec ignorans, l. 15. §. 2. & l. 16. D. *de contrah. emt.* Contra, in *diuisione*, certum est, quemlibet rem *condominii iure suam* ab altero accipere, & in alterum transferre.

Ex his fere fontibus deinde deriuabimus discrimen, quod in aestimandis *diuisionibus & emtionibus* subinde obseruatur. Sed iam quidem vnum omittere non possum, *diuisionem feudi* inter plures successores, qua res vni adiudicatur, isque reliquis successoribus pecunia condemnatur, cum ille, qui rem accipit, *rem suam* emit, non esse emtionem, nec *feudum nouum* constitui hac diuisione, nec *simultanee inuestiendos nouiter domino directo* obtrudi posse, sed *separatum* hoc esse negotium a *venditione*.

Ita quidem certe sapientissima lege Saxonica ^{d)} res definita est:

Alldiemeil aber, wenn mehr, als einer, in gesamter Lehen an einem Guthe stehen, vermöge derer Lehn-Rechte, einem jedweden dererselben, die Mit-Belehnschafft in solidum zukömmt, und solche nur sodann, wenn eine würckliche Theilung geschiehet, gebrochen wird, dahingegen, wenn die übrigen mit Gelde oder sonst, abgefunden werden, dieselben in effectu zur Succession nicht gelangen, sondern derjenige, so das ganze Gutß auf diese Weise an sich bringet, solches allerdings krafft seiner in solidum habenden Mitbelehnschafft erhält, und folglich, daß es entweder ganz oder zum Theil ein neues Lehn sey, nicht zu behaupten, vielmehr, wann man dieses einräumen wolte, so off ein Vater verstürbet und mehr Söhne hinter sich läßet, nur einer aber die Güther behält, *feuda noua* würden constituiret und mithin dem Lehns-Herren neue Mitbelehnten obtrudiret werden, So können auch Sr. Königl. Majestät nicht gestatten, daß in dem Falle, da, wie gemeldet, ein Mitbelehnter nebenst andern im Lehn zugleich succediret, und denen übrigen ihre Antheile abhandelt, weder das ganze Lehn, noch auch die erhandelten Stücke, *pro nouo feudo* zu achten, und deswegen neue Mitbelehnte anzugeben, ihm frey gelassen seyn möge.

Quod

^{d)} Extract der Königl. Resolution auf die Punkte der Praeliminar-Schriefften, de dato Dresden, den 8. Febr. 1700. Cod. Aug. T. I. p. 366.

Quod cum & iuri communi conuenire res ipsa facile ostendat, non dubitauerunt Icti Vitembergenses, etiam exteris, cum eiusmodi species mense Iunio huius anni offerretur, ex iisdem praeceptis respondere. Proponebatur enim, pactione inter vasallum & rusticos ita conuenisse, vt, quoties feudum a vasallo *venderetur*, rustici *laudemium* vasallo nouo praestare tenerentur. Mortuus vasallus tres filios reliquerat heredes feudi. Primogenitus, in diuisorio iudicio, feudum *solus retinuerat*, pecunia *fratribus soluta*. Quaerebatur, vtrum a rusticis, quasi feudo *vendito*, *laudemium* recte peteretur. Respondum est, *non peti posse laudemium*, cum feudum non *venditum*, sed, *diuisionis iure*, retentum videatur. Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Obwohl, so viel die ickige Lehn-Veränderung betrifft, Herr Beklagter von seinen Herren Brüdern das Ritter-Guth bey der Theilung angenommen, und vor ihre Antheile ihnen etwas an Gelde herausgegeben, der gleichen Theilung und Annehmung aber einem Kauffe gleich zu achten,

Diuisio enim hereditaris vicem emtionis obtinet.

L. I. C. commun. utriusque iudicii.

derowegen die Klägere, auch vermöge deren alten und unveränderten Lehn-Briefe, nach deren Inhalt sie bey Kauff und Tausch in manu dominante & seruiente den 10ten Pfennig zu entrichten haben, bey ickiger Theilung und Ueberlassung des Ritter-Guths an Herrn Beklagten, zu Bezahlung nurgedachten Lehn-Geldes verbunden zu seyn scheinen.

D. a. d. Die Theilungen zwar in gewisser Maasse, besonders so viel die Gewehrs-Leistung anlangt, mit denen Kauff-Contracten verglichen werden können, solches aber mit allen Umständen auf die Theilung der Ritter-Güther, und Annehmung dererselben, gegen Bezahlung derer übrigen Antheile, nicht so schlechterdings zu erstrecken, in mehrerer Erwägung, ieder derer Descendenten an dem Lehn seiner Eltern ein ius succedendi in *solidum* ex prima inuestitura parentum erlangt, folglich, wenn deren mehrere vorhanden, und einer dererselben seine Brüder mit baarem Gelde abfindet, nicht so wohl das Ritter-Guth, an welchem der Annehmer bereits ein ius succedendi in *solidum* gehabt, vom neuen erkauffet, als vielmehr die Concurrenz derer übrigen Gebrüdere durch Bezahlung einer Summe Geldes abgewendet wird, derowegen ein solches Lehn-Guth nicht so schlechterdings pro feudo emto & nouiter acquisito, sondern pro antiquo geachtet wird,

ANTON. disput. I. th. 5. lit. h.

demnach

demnach das Lehn-Geld bey ietziger Theilung, unter dem Vorwande eines getroffenen Kauffs, um so viel weniger zu verlangen, ie gewisser das angezogene Befugniß, ein so starckes und bey vielen Fällen zu entrichtendes Lehn-Geld zu fordern, in denen gemeinen Rechten pro odioso & exorbitante angenommen wird, mithin solches nach Möglichkeit und bey allen Fällen, darüber man sich nicht durch unzweifelhaffte Verträge verglichen, billig einzuschräncken,

CARPZ. P. II. const. 39. def. 32. FRANZK. de laudem. c. 8.

n. 17. sq.

HORN. iurispr. feud. c. 17. §. 22.

So ist, wie im Urthel enthalten, von uns billig erkannt worden.

§. II.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, non prorsus eandem *diuisionum* atque *emtionum* naturam esse, sed quamlibet speciem separato iure in quibusdam capitibus censer. Sed hoc tamen disputatione vix indiget, vti ex *emto* actionem, ita *diuisorias* controuersias ad *bonae fidei iudicia* referri. Certe abscisse *VLPIANVS*, hoc iudicium *bonae fidei* esse, ait, si *communi diuidundo*, inter condominos, agatur. l. 4. §. 2. D. *commun. diuid.* quod & placet *GORDIANO*, qui non esse ambiguum existimat, *familiae erciscundae* titulum inter *bonae fidei iudicia* connumerari. l. 9. C. *fam. ercisc.* Ideoque *DIOCLETIANVS* & *MAXIM.* quidquid in *iudiciis bonae fidei* obuenerit, etiam in *diuisionibus* obtinere, docuerunt, ut *hae* quidem, mutuo consensu, *bona fide*, terminatae instaurari commode non possint. l. 3. & l. 8. C. *commun. utriusque iudic.* Imo vero ausim affirmare, maiorem, esse *bonae fidei* in *diuisionibus*, quam in *emtione*, *sanctitatem*. Nimirum *necessaria* est plerumque *diuisio*, *distributionis* caussa, si *GAIVM* audiamus, l. 1. pr. D. *famil. ercisc.* cum controuersiae explicari propemodum non possint, nisi rerum communium diuisione: ideoque *pietatis* officio funguntur, quod *PAPINIANVS* ait, qui *minuendae controuersiae* gratia, quamuis arbiter sententiam nondum dixerit, *iurgium* *communione* perimunt consensu. l. 57. D. *fam. ercisc.* *Controuersiarum* enim & *litium exsecratione* obtinuit, ut multa in *diuisoriis iudiciis* extra ordinem admitterentur. Hinc *arbitris* imprimis officium datur *distrahendae* *controuersiae*, secundum *MODESTINVM* atque *ALEXANDRVN* l. 7. D. *fin. regund.* & l. 3. C. *commun. diu.* itemque *agrimensoribus*, secundum *PAVLLVM*, *VLPIANVM*, atque *CONSTANTINVM*, l. 4. §. 1. & l. 8. pr. & §. 1. D. *fin. regund.* l. 3. C. *eod.* qui *seindant nodum Gordium*, si solui commode non possit: hinc res *adiudicationibus* & *condemnationibus* *arbitrariis* finitur, l. 2. §. 1. & l. 3. D. *fin. regund.* l. 6. §. 10. & l. 10.

Fasc. VII.

S

D. com-

Diuisiones sunt bonae fidei piae, fauorabiles, sed aequalitatem desiderant.

D. commun. diuid. l. 55. *D. fam. ercisc.* hinc denique coguntur aliquando possessores, etiam aedificium deponere, & arbores succidere, ut sit aliquis tandem finis controuersiarum: quod PAVLLVS obseruauit. l. 4. §. 3. *D. fin. regund.*

Quae cum ita sint, apparet, non solum bonae fidei rationem habendam esse in his iudiciis, sed illam fere, odio dissensionum, sanctius & scrupulosius, quam in multis aliis negotiis, in diuisione custodiri. Sed aequalitatem certe, quasi animam atque spiritum bonae fidei & aequitatis, veteres inprimis in diuisione rerum communium commendauerunt. Et profecto habet rationem, quod in diuisionibus aequalitatem requiramus. Neque enim id agitur in diuisione rerum communium, ut aliquid lucremur, aut priuatim compendium augeamus, cui rei emtores atque venditores, ita exercendis commerciis, operam dare solent; sed, ut suum quisque retineat, & certis finibus includat, & a controuersis ac litibus discedat. Quapropter non procul abest a furto & rapina, qui portioni alterius insidietur, & aequalitatem interuertat. Quod cum cogitaret PHILIPPVS, itemque DIOCLETIANVS, aequo iure diuidi hereditatem, l. 11. & 14. *C. fam. ercisc.* & aequalitatem in omnibus seruari, praeceperunt. l. 4. *C. commun. diuid.* Hoc est, quod PAVLLVS atque VLPIANVS nihil indiuisum relinqui, & si una res indiuisa manserit, de illa iterum communi diuidendo agi posse, docuerunt. l. 25. §. 20. *D. fam. ercisc.* l. 4. §. 2. *D. commun. diuid.*

Imo vero, quamuis interdum ex longa possessione, & si coheredes diu separatas rationes in singulis rebus hereditariis habuerint, diuisio legitime facta praesumatur, tamen cessat illa praesumptio, si portiones inaequales videantur: quod & MENOCHIVS ^{d)} & PRAESES ^{e)} alio loco, obseruarunt. Neque enim potest aliquid minus accommodatum esse ad fidem sublatae communionis faciendam, inaequalitate; cum maximam aequalitatem postulet diuisio, & in his iudiciis, quidquid inaequaliter factum sit, iudicis auctoritate corrigatur. l. 3. *C. commun. utriusque iudic.*

§. III.

Rescissio diuisionis odiosa, nisi ob dolum aut errorem. Post transactionem illa non rescinditur.

In tanta igitur sanctitate iudicii diuisorii, non potest esse obscurum, quod, quamuis nihil, quod ab aequitate alienum videatur, admitti possit, tamen nihil aegrius admittat praetor, quam rescissionem legitimae diuisionis. Neque enim a bona fide & ab omni officio est quidquam alienius, quam deferere constantiam vitae, & cum ad rem ventum fuerit, claudicare, aut a consilio deficere, in quo deligendo nos non errasse videamus. Neque ita, quod M. TVLLIVS ait, ^{f)} generati a natura sumus, ut ad ludum & iocum facti

^{d)} MENOCH. L. III. praesumpt. 60. n. 6 sqq. p. 370.
aequalitatis in iudiciis diuisoriis §. 2 sqq.

^{e)} PRAESES de praesumpt.
^{f)} CIC. L. offic. c. 29.

facti esse videamur, sed ad *seueritatem* potius & *grauitatem*: ideoque exci-
tanda est in nobis quaedam animaduersio & diligentia, ne quid *temere*, ac
fortuito, & inconsiderate negligenterque faciamus.

Prima igitur praetoris, quod PAVLLVS ait, cura est, ut tueatur ad-
iudicationes suas, vel exceptionem, vel etiam actionem dando, post legi-
timam *diuisionem*, l. 44. §. 1. D. *fam. ercisc.* Ex eodem fonte deducitur,
quod, secundum VLPIANVM *familiae erciscundae amplius, quam semel*,
agi non possit, nisi *caussa cognita*, l. 20. §. 4. D. *famil. erciscund.* ut intelli-
gatur, odiosum videri, si quis discefferit a fide legitimae *diuisionis*, neque
quenquam facile audiri, nisi grauissimam causam comprobauerit praetori.
Ita certe DIOCLETIANVS & MAXIM. videntur iudicasse, ut maiores
viginti quinque annis, rerum communium *diuisionem*, semel *finitam bona*
fide & mutuo consensu, instaurare penitus non possint. l. 8. C. *commun.*
utriusque iudicii.

Sed vnum tamen omnes desiderant, ut *consensu* omnium *bona fide*, res
communes sint *diuisae*. Igitur suppetunt omnino causae, quae mouere
praetorem possint, ut deferat & rescindat superuacuum *diuisionem*.

Neque tamen alias omnino causas admittet praetor, quam quae *bonam*
fidem & consensum, quibus regitur sanctitas *diuisionis*, interuertere omnino
videbuntur. Sed *consensum* quidem imprimis *error*, *bonam fidem* *dolus* in-
teruertunt. Igitur eamus per exempla. Tractauit eiusmodi speciem M O-
D E S T I N V S, in qua, propter *dolum* coheredis, negat subsistere *diuisionem*,
l. 35. D. *de pactis*. Proponit enim, fratres hereditatem maternam *diuisisse*,
& inuicem cauisse, *quod nihil sibi commune manserit* in hereditate: postea
apparuisse, pecuniam auream a fratre altero subtractam esse, cuius nulla
mentio facta fuerit, in *diuisionis* instrumento. Quaerebatur, an *post pactum*
diuisionis, actio de furrepta pecunia competeret aduersus fratrem: M O D E-
S T I N V S respondit, *competere omnino actionem*, &, si *pacti* exceptio op-
poneretur, *utiliter de dolo* replicari posse. d. l. 35. D. *de pactis*.

Habes igitur primam speciem, in qua *dolus* perturbauerat *consensum*,
bonamque fidem interuerterat, ut *diuisio* rescindenda videretur. Superest,
ut de altera admoneamus. Et opportune occurrit VLPIANVS, qui l. 22.
pr. D. *fam. ercisc.* *errorem* etiam & *ignorantiam* admisit, ut a *diuisione*
discedatur. Narrat enim, possessiones hereditarias diuisas esse inter cohe-
redes: alterum in aedibus sibi adiudicatis, *thesaurum* effodisse, illumque non
quidem *veterem*, quem PAVLLVS inuentori attribuit, l. 31. §. 1. D. *de*
adq. rer. dom. sed nouum, ab ipso testatore, metus, & custodiae causa
depositum, & reconditum sub terra, de quo P O M P O N I V S tractauit, l. 15.
D. *ad exhibend.* Ignorauerant heredes, thesaurum sub terra conditum
fuisse. Igitur proponebatur, vtrum ille, cui aedes in *diuisione* obtrigerant,

thesaurum retinere posset, an ad communicandum & diuidendum teneretur: & LABEONI placuit, *diuidendum* esse, cum de illo thesauro non senserint heredes, in prima rerum communium diuisione, d. l. 22. pr. D. *famil. ercisc.*

Non multum ab hac specie recedit, quod idem VLP IANVS monet, quae per *errorem* communicata sint cum heredibus in *diuisione*, cum ad illos non pertinere viderentur, rata non videri; quandoquidem *imperitia coheredum* iurisdictionis formam non immutet. l. 20. pr. D. *famil. ercisc.*

Discedam ab hoc loco, si hoc vnum adiecero, etiam iudicis *errorem* efficere, ut familiae erciscundae iudicium quandoque retractetur. PAVLLVS enim obseruauit, si *unam personam* iudex omiserit in condemnatione, cum res *non inter omnes* gesta sit, *nihil* actum a iudice videri, l. 27. D. *fam. ercisc.*

Ceterum & *aetas* aliquando, quae & ipsa plerumque impedit *consensum*, aut certe excusat temeritatem & negligentiam in deliberando, praetorem, *caussa cognita*, inuitat, ut *rescindat*, aut *emendet temerariam diuisionem*: cum *bona fides* non patiatur, nos abuti minoris leuitate. Certe DIOCLETIANVS iudicem, *caussa cognita*, aestimare iussit, utrum minori, ob diuisionem, succurrendum esse videatur. l. 4. C. *communi diuid.*

Extra has species, ut dicere occupauimus, praetor non deserit *diuisiones*. Inprimis si, *auctore iudice*, res *diuisae* sint, ex *caussa iudicati* parandum est conuentioni. Hoc enim PAVLLVS praecipit. l. 36. D. *fam. erciscund.*

Idem dicemus, si, post *diuisionem bona fide factam*, *transactum* sit de pristina communione, quamuis *non omnia diuisa* sint. SEVERVS enim & ANTONINVS rescripserunt, si vel de ea re *sententia* dicta fuerit: vel *transactio* secuta, iudicium familiae erciscundae, aut communi diuidendo, non resuscitari l. 1. C. *fam. ercisc.*

Neque enim de aduersario, sed de se conqueri debebunt, qui de omni *caussa scientes* transegerunt, & taedio iurgii & controuersiae vel dederunt aliquid, vel acceperunt, vel alteri subinde reliquerunt, ut a lite discedatur.

§. IV.

Quae sit ista inaequalitas ob quam diuisio ex l. III. C. commun. videntur. Satis, credo, comprobatum est, duas esse causas, ob quas *rescindi* possint rerum communium *diuisiones*, *dolum*, & *errorem*, quorum alter *bonam fidem*, alter *consensum*, neruos illos iudicii diuisorii, conuellere

utrinque iudicii quaque iudicii, quam in fronte dissertationis proposui, quidquid inaequaliter factum esse constiterit, in diuisionibus corrigendum esse arbitratur. Poterat videri DIOCLETIANVS, praeter *dolum & errorem*, etiam alias causas, etiam

etiam euentum rei dubiae, denique omnem omnino laesionem admittere, vt aplerumque di-
pactione legitimae diuisionis discedatur.

Atenimvero, pignore certarem, DIOCLETIANVM de sola fraude & errore tractauisse, quibus diuisiones vitientur.

Primo enim videtur manum TRIBONIANI passa esse lex DIOCLETIANI, quam ex codice GREGORIANO desumptam, fide auctoris, illius veteris consultationis notissimae CUIACIVS & SCHVLTINGIVS g) restituerunt. Ita enim haec lex legitur in codice GREGORIANO. „An diuisio, quam iam factam esse proponis, conuelli debeat, rector provinciae, praesente parte aduersa, diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit.

Nihil potest esse luculentius, quam DIOCLETIANVM, de diuisione fraudulenta duntaxat, quae fraudibus non careat, quae perperam, improbe, inaequaliter facta sit, sensisse; quod etiam V.C. GERARDVS NOODT, lumen illud nostrae iurisprudentiae h) videtur agnouisse.

Imo vero faciamus, IUSTINIANVM recte legem DIOCLETIANI expressisse d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic. ausim tamen affirmare, ne ex his quidem verbis, quae IUSTINIANVS exhibuit, aliud confici omnino posse, quam, vt propter dolum, vel errorem, diuisio inaequalis rescindatur. Nimirum IUSTINIANVS, etiam maioribus, per fraudem vel dolum, vel perperam factis diuisionibus, subueniri, ait, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum sit, in melius reformetur. d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic.

Sed primo quidem apparet, DIOCLETIANVM nihil noui hoc loco constituere, sed ex natura communi iudiciorum bonae fidei, ad quae diuisiones referuntur, iudicare, quando diuisiones rescindantur. Sed bona fides & consensus solo nimirum dolo, aut errore perturbantur. Neque patitur bona fides, vt ex qualibet leui causa a pactione discedatur. Abscisse enim idem DIOCLETIANVS alio loco, diuisionem bona fide, mutuo consensu factam, non posse instaurari, docet. l. 8. C. commun. utr. iudic.

Praeterea idem DIOCLETIANVS non minus luculenter, maioribus, qui res communes diuiserunt, negat concedi restitutionem aduersus legitimas diuisiones, nisi dolo circumscripti, aut errore lapsi videantur. l. 4. C. communi diuid. l. 22. C. fam. ercisc.

S 3

Quo

g) Cod. GREGORIAN. L. III. tit. V. apud SCHVLTINGIVM in iurisprudentia ante-Iustiniana p. 695. h) GERARD. NOODT. de forma emendandi doli mali c. 7. op. T. I. p. 362.

Quo fructu igitur negaret *DIOCLETIANVS*, maiores posse rescindere diuisionem, si, praeter *dolum & errorem*, quaelibet laesio, & quaelibet inaequalitas, sufficeret ad diuisionem infirmamdam.

Sed video te moueri, quod *DIOCLETIANVS*, seu *TRIBONIANVS* potius, aut *IUSTINIANVS*, distinguat diuisiones, *vel* per fraudem, *vel* per dolum, *vel* *perperam* omnino factas: ut *perperam* factae videantur, quae *non sint fraudulentae* vel *dolosae*, & tamen propter *inaequalitatem* rescindantur. l. 3. *C. commun. utriusque iudic.*

Atuero diluetur illa dubitatio, si cogitaueris, illa particula: *vel*: non semper species oppositas discerni, sed interdum res coniunctas copulari. In hoc certo loco noluit *DIOCLETIANVS* hac particula species oppositas disiungere, sed connexas copulare, cum eadem particula etiam fraudem *vel* dolum inter se coniungat. Sed scimus nihil inter dolum atque fraudem interesse, sed rem vnā nominibus diuersis & promiscuis subinde appellari: ut certum sit, particulam: *vel*: hoc loco copulatiuam esse, & synonyma coniungere.

Praeterea obseruandum est, *perperam* facta a magistris artis nostrae illa imprimis appellari, quae per dolum aut errorem administrata videantur. Hoc enim diuinus ille *ALCIATVS*, alter iurisprudentiae nostrae parens, comprobauit. ¹⁾ Vulgo certe existimatum, *perperam* dici a fratribus *perperis*, famosis *impostoribus*, qui, propter ingenium & studium fingendi, etiam *CECROPE*s appellabantur. ²⁾

Interim faciamus, *perperam* factas diuisiones hac lege seiungi a diuisionibus *dolosis* atque *fraudulentis*, nihil tamen inde conficietur, quam ut dicamus, *perperam* factas videri, si *per errorem res inaequaliter* diuisae intelligantur. Cum enim imperator, *ex natura iudiciorum bonae fidei* inaequalitatem iubeat emendare, nihil cogitare potuit praeter *dolum & errorem*, quod *bonam fidem & consensum* interuertat. Quod video etiam *CVIACVM* nostrum ¹⁾ obseruasse.

Sed haec quidem, quamuis ita expedita sint, ut vix locum faciant dubitationi, tamen nemo existimet, excludi omnem *laesionem*, qua, *sine fraude* aduersarii, portio nostra deminuitur, ut ex illa apud praectorem agi nequeat, ad corrigendam inaequalitatem. Enimuero eleganter *VLPIANVS*, *etsi nullus stipulantis dolus intercesserit*, tamen aliquando *rem ipsam in se dolum habere*, ait, *cum dolo faciat, qui aliquid petat, vel retineat, ex ini-qua stipulatione*. l. 36. *in fine D. de verb. oblig.*

Vides, aliquando etiam *sine dolo* inita negotia rescindi, si *res ipsa dolum in se habere* censeatur. Quando igitur dicemus, rem, bona fide promissam,

¹⁾ *ALCIAT. L. I. parerg. c. 49. op. T. III. p. 1269.*

²⁾ *ALCIAT. loc. cit.*

¹⁾ *CVIAC. L. XIII. obs. 24. p. 407. op. T. III.*

missam, *in se* dolum habere, vt *sine dolo* peti nequeat a stipulante, qui *ipse non aduiferit dolum*. Nimirum *inaequalitatem* intelligimus, quae *sine dolo* contrahentium, sed per *utriusque errorem & ignorantiam* irrepsit, vt non *aequae* partes constitutae sint *in diuisione*. Semper enim *error* aut *ignorantia*, quae errorem parit, interuenire debet, si quis non de dolo, sed de sola *inaequalitate* efficaciter aduersus condominum aut coheredem, post diuisionem, conqueratur. Ita vt sentiam, *VLPIANVS* me adduxit, qui *ne minem laedi, aut fraudari*, ait, qui *sciat*, & consentiat. l. 145. D. de reg. iur. & l. 1. §. 1. in fine D. de act. emt. vendit.

Igitur apparet, *scientem* fere non laedi, nec efficaciter conqueri posse de *inaequalitate*: superest, vt ea demum *inaequalitas* prosit ad petendam emendationem, in quam per *errorem & ignorantiam probabilem* delapsi sumus. Hoc est, quod *DIOCLETIANVS* praecipit, etiam maioribus XXV. annis, in negotiis *bonae fidei*, officio iudicis, caussa cognita, succurri. l. 3. C. quibus ex caus. mai. Hoc est, quod *POMPONIUS* docet, maioribus etiam in laesione subueniri, cum *aequo & bono* non conueniat, lucrari aliquem cum alterius damno, aut damnum sentire per alterius lucrum. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Generaliter enim, *quancunque laesionem insignem* dicimus *dolum in se habere*, & parere restitutionem, quanquam fraude aduersarii non decepti simus: quod supra obseruatum est. Ex hoc fonte profluxit, quod quamuis *bona fide*, *mutuo consensu*, finita sit diuisio, tamen, si quid *indiuisum* manserit, illud officio iudicis subiinde emendetur. l. 25. §. 20. D. fam. ercisc.

Igitur, vt rem paucis comprehendam, nego hac nostra lege 3. C. *commun. utriusque iudicii*. quidquam singulare constitutum esse a *DIOCLETIANO*: sed *inaequalitatem diuisionis ex natura* iudiciorum *bonae fidei*, ad quam imperator prouocauit, aestimari, aio. Sed haec quidem maxime *dolum* auersatur: qui si interuenerit non *quantitas* pretii, in quo quis laesus est, sed *qualitas facti* efficit, vt laeso succurratur, l. 10. C. de resc. vendit. At uero praeter *dolum* aduersarii, etiam *error probabilis* impedit consensum. Quapropter *laesio insignis*, & *inaequalitas*, non a *scientibus*, sed ab *ignorantibus*, aut *errantibus*, admissa, praetorem inuitat ad emendandam *inaequalitatem*. Adeoque *error & dolus* duntaxat efficiunt, vt *diuisiones* emendantur. Sed in *errore & inaequalitate* causae cognitionem maxime desideramus. Neque tamen solam laesionem *ultra dimidium* attendimus, quidquid *BALDVS* in contrariam partem disputer, & quamuis *PAVLVS* l. 38. D. fam. ercisc. hanc maxime laesionem notet, quae sit *ultra dimidiam* partem. Rectius sequemur communem naturam *iudiciorum bonae fidei*, in quibus *error probabilis*, sed insignis, ex quo alter cum nostro damno fiat locupletior, arbitrio iudicis aestimandus, etsi non rescissionem totius nego-

iii, tamen emendationem parit. l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. D. de *contrah. emt.* l. 11. §. 5. & l. 21. §. 2. D. de *act. emti venditi.* Sed haec omnia non profunt laeso, si vel *transegerit* de ipsa *laesione*, vel *l's* sententia sit definita. l. 1. C. *fam. ercisc.*

§. V.

Sortes opponuntur iudicio. Interdum tamen sunt instar iudicii. Sortes aequalitatem non semper desiderat. Sortitio non semper continet transactionem.

Quemadmodum igitur de *diuisione inaequali* iudicandum sit, ut *laesio* subinde emendetur, satis explicatum arbitramur. Sequitur, ut de *diuisione* per *sortitionem facta* exponamus: quae & ipsa species, ex his, quae adhuc disputata sunt, commodius aestimari potest. si prius de ipso iure *sortitionis* proponamus.

Et primo quidem notum est, quam despecto plerique loco *sortes* habuerint, ut, qui *sortitioni* rem commiserit, confidere *fortunae*, *casui*, *superstitioni* videretur. Certe THEODOSIUS & VALENT. illos *sortium casui* rem totam permittere, dixerunt, qui *sortitione* facta inter se experirentur. l. 2. C. *quando* & quibus *quarta pars.* Et IUSTINIANUS *sortes* & *fortuitas circumstantias* coniunxit, ideoque prohibuit abbates & abbatissas *sorte* eligere, qui iudicio & ratione eligendi videantur. l. 47. §. 1. D. de *episc. & cler.* Quamuis aliter veteribus visum sit, apud quos, si VIRGILIUM MARONEM ^{m)} audiamus.

Laocoon ductus Neptuno *sorte* sacerdos.

Certe M. TVLLIUS ⁿ⁾ auctor est, „*sortem* experiri, idem esse ac micare, „*talos* & *tesseras* iacere: in quibus rebus *temeritas* & *casus*, non *ratio* nec „*consilium* valere videatur: ideoque totam rem inuentam esse, ait, fallaciis, aut ad quaestum, aut ad superstitionem, aut ad errorem: quapropter „vita communis iam dudum exploserit hoc genus diuinationis.

Certe fefellit quosdam iuris interpretes ille *sortium* contemptus, ut, cum DIOCLETIANUS in l. 3. C. *commun. utriusque iudicii*, *diuisiones*, quae *sine iudicio* fiant, rescindi patiatur, crederent illas intelligi, in quibus *sorte*, aut *sortitione*, *res communes diuidantur*: cum *sortes* aliquando iudicio opponi, & quaecunque *sorte* definita sint, *temeraria* & *in consulta* videantur.

Verum enim vero non ita prorsus inter veteres conuenit, *temere* & *inconsulto* geri, quae *sorti committantur*. Ipse, quem antea testem inuocaui, M. TVLLIUS inconstantissime sensit de *sortibus*, atque, alio loco, ^{o)} „non contemnendas esse *sortes*, dixit, cum auctoritatem habeant vetustatis: „quae, si ductae sint, ut apte in rem cadant, *diuinitus* fieri posse, credit:

„quan-

^{m)} VIRG. aen. II. v. 201.

ⁿ⁾ CIC. de diuinat. L. II. c. 41. sect. 8;.

^{o)} CIC.

de diuin. L. I. c. 18. sect. 34. & 35.

„quandoquidem, quamuis cauffa fortaffe lateat, obfcuritate inuoluta naturae,
„Deus illa nos non fcire, fed illis nos vti, voluiffe videatur.„ Plerique enim
diuinum fe *infortibus iudicium* inuenire putauerunt, inprimis TIBERIUS,
qui, fi TRANQVILLO p) fides eft, Geryonis oraculo monitus, de confulatio-
nibus fuis talos aureos in Aponi fontem deiecerit, & ex numero confilii ce-
pit rationem. q) Certe HORATIUS FLACCUS, commemorat, *sortem*

quam ratio dederit, feu fors obiecerit, r)

atque apud VIRGILIUM MARONEM s) indicantur

— non *sine sorte datae*, *sine iudice*, *sedes*,

vt intelligatur, *sortitionem non opponi iudicio*, fed cum iudicio coniungi,
& ex huius fere natura aestimari.

Sed iure confulti & veteres auctores rei publicae, non quidem omnes
superstiofe de *sortibus* iudicauerunt. Interdum tamen non modo *sortitio-*
nem compararunt cum sententia & iudicio, fed illam *huic* etiam aliquando
praetulerunt. Ita quidem VLPIANO visum eft, qui l. 24. §. 17. D. de
fideicommissar. libertat. si non conftet, quis maxime ex feruis manumit-
tendus fit, aut *allegatis cuiusdem meritis* arbitrari praetorem poffe, ait, aut
seruos sortiri, ne aliquam suspicionem gratiae aut ambitionis praetor subeat:
vt tutior fere *sortitio*, quam arbitrium praetoris, videatur.

Sed frequentissime tamen *sortitione* experiebantur, cum aut *non re-*
ferret, vter vinceret, nec tamen alter cedere alteri confensu vellet, aut
inextricabiles controuersiae & lites imminerent, fed res *iudicio* dirimi de-
beret. Ex his fontibus *sortitio consulum*, vter templum *dedicaret*, apud
LIVIUM t) *sortitio centuriarum* in comitiis, *sortitio* prouinciarum, u) *for-*
titio iudicum apud M. TVLLIUM x) *sortitio animaduersionis* in flagitio
militari y) enatae sunt, vt, cum omnes poenam meriti fuiffent, metus
poenae ad omnes, fensus eius ad paucos, perueniret.

Sed ICTI quidem, si in eiusmodi cauffis *sortitione* vterentur, rem quasi
suffragio & consensu definitam accipere solebant. Audiamus GAIUM, qui
l. 5. D. *fam. ercisc.* si omnes ex aequis partibus heredes fint, neque inter
eos conueniat, *apud quem cautiones hereditariae & instrumenta esse de-*
beant, vel *sortiri* illos iubet, vel *consensu & suffragio eligere* amicum. Ex
quo loco apparet, nihil referre, res *consensu*, an *sortitione*, finiatur. Ean-
dem

p) SVETON. in vita Tiberii, c. 14.

antiqu. L. II. c. 7. p. 116.

aen. VI. v. 431.

in orat. pro Cluent. c. 28.

q) videantur DEMOST. ad Rosini rom.

r) HORAT. I. ferm. I. v. 1. & 2.

s) VIRG.

t) LIV. L. II. c. 36.

u) LIV. L. VII. c. 86.

x) CIC.

y) CIC. pro Cluent. c. 46.

dem rationem secutus *V L R I A N V S*, si ambo ad iudicium prouocauerint, *sorte* rem discernendam esse, ait. l. 14. D. de iudic. Idem *I V S T I N I A N O* visum est, in *optione pluribus legata*, ut in omnibus eiusmodi speciebus *iudicem fortunam* habeant, & *quem fors praetulerit*, is habeat eligendi potestatem. l. 3. C. commun. de legat. Sed maxime in *diuisionibus* placuit, si *iustae partes* constitutae essent, *sorte* definiti, ad quem quaelibet portio perueniret. l. 2. C. quando & quibus quarta pars. Nou. 162. c. 3.

Sed in illis *sortitionibus* quidem obseruandum est, aliquando id manifeste agi, ut alter, qui *sorte vincatur*, credat alteri, & *huic soli lucrum & victoriam relinquat*. Certe in *optione legata*, cum *sortiuntur* legatarii, uter eligere debeat, aut apud quem documenta esse debeant, manifestum est, victum cedere victori, & non posse de laesione conqueri, aut de iniquitate fortuiti euentus: cum res *sortitione*, quasi *sententia*, & *transactio*ne, finita & *diremta* videatur, l. 5. D. fam. ercisc. l. 3. C. commun. de leg. In his igitur nemo desiderauerit *aequalitatem*.

Sed plerique tamen in *diuisionibus*, ut diximus, hoc animo accedunt *ad sortitionem*, ut antea partes *iustae & aequales* maxime constituentur, & deinde, si omnia exaequata sint, *sortitione*, ad quem partes singulae perueniant, constituantur. Ita *D I D O* apud *M A R O N E M* 2)

Iura dabant legesque viris: operumque laborem

Partibus aequabat iustis, & sorte trahebat.

de quo argumento & *SENECA* a) & *TIRAQVELLVS*, b) & *CVIACIVS* c) & *MYNSINGERVS* d) quaedam obseruarunt. Et in his quidem speciebus res ex bona fide iudicatur.

§. VI.

Sortitio de partibus inaequalibus a sciente impugnari ne videatur. *Vidisti iam omnia, opinor.* Itaque proxime absumus a portu in hac navigatione. Neque enim in *diuisione per sortitionem* facta obliquitur quaedam dubitatio, quae non ex his, quae adhuc dicta sunt, dilui omnino posse videtur. Itaque primo disputatione non indiger, de sola *sorte* & eius euentu. Sed si tu neminem queri posse, qui consensit in *sortitionem*: Generaliter enim *P O M P O N I V S* praecepit, quod euentus fati atque damni non pariat omnino restitutionem. l. 11. §. 4. D. de minorib. Eleganter *Z E N O*, non videri *circumscriptum*, ait, qui iure communi usus sit. l. 9. C. de in integr. restit. min. Sed iure communi, ut diximus, controuersiae vel leuiores vel inextricabiles *sortitione* dirimuntur, quod supra §. 5. huius dissertationis p. 24. post *sortitionem* emendanda est inaequalitas.

2) *V I R G.* aen. l. v. § 11.

a) *SENEC.* controu. l. VI. 3.

b) *TIRAQVELL.*

de iure primogen. quaest. 60. n. 1. sq. & quaest. 17. opin. 1. p. 376.

c) *CV-*

IAC. l. XIII. obs. 24.

d) *MYNSINGER.* IV. obs. 33.

ex l. 5. D. fam. ercisc. & l. 2. C. quando & quibus quarta pars, est demonstratum.

Deinde hoc etiam difficultate caret, si maiores, *scientes*, in diuisione partes *inaequales* constituerint, *ut lucrum victori relinquatur*, & res sorte finiatur, nullam esse *laesionem*, qua *scientem & consentientem* affecerit fortuna. Hoc enim ex *VLPIANO* inprimis, l. 145. D. de reg. iur. & aliis compluribus magistris nostrae artis, supra §. 4. huius libelli p. 20. comprobauimus. In his certe speciebus res *sententia & transactione* videtur definita, quae si interuenerit, frustra de rescissione aut emendatione cogitur; quod aiunt *SEVERVS & ANTONINVS* l. 1. C. fam. ercisc.

Extremo, si *conuenerit*, ut partes *iustae* per diuifores antea *constituantur*, & deinde, constitutis partibus, illarum assignatio *sorti* sit permilla, non potest esse obscurum, huic conuentioni easdem exceptiones, quae *aliis diuisionibus* obiciuntur efficaciter opponi posse. Finge igitur, diuifores vel quaedam plane non in partes retulisse, vel *dolose* aliquid surripuisse, vel altera portione thesaurum, a parente depositum, recondi: certe per *doli*, aut *erroris* allegationem efficiemus, ut diuisio inique facta emendetur. Hoc enim ex l. 3. C. commun. vtriusque iudic, ex l. 22. pr. D. fam. ercisc. ex l. 25. §. 20. eod. §. 3. & 4. huius scriptionis p. 13. & 21. copiose ostendimus. Neque enim, dum sortitionem elegerunt coheredes, de dolo, aut fraude, aut illis rebus ac thesauris, de quibus non constabat, transegerunt, sed partes *iustas* fieri omnino voluerunt. Atque ita video etiam *BALDVM* ^{e)} & *PINELLVM* ^{f)} & *FACHINEVM* ^{g)} & *SAMVEL DE COCCII*, ^{h)} respondisse.

Ne igitur confidant aduocati hic diuisionibus, nisi clientes etiam de laesione *transegerint*, aut *sententiam* iudicis impetrauerint, qua tota communio sublata, & diuisio confirmata sit. Hoc enim & imperator suasit, l. 1. C. fam. ercisc.



^{e)} *BALD.* ad l. 3. C. commun. vtriusque iur.

^{f)} *PINELLVS* ad l. 2. C.

de rescind. vend.

^{g)} *FACHIN.* controu. iur.

L. VIII. c. 36. p. 659. sq.

^{h)} *COCCII* iuris controu. L. IX. tit. 2. quaest. 9. p. 546.

DE DONATIONE RERVM MORTVARVM.

VITEMBERGAE, DIE XXIV. NOV. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIII.

E'eganter MARCELLVS, cum de *donationibus inter virum & uxorem* disputaret, L. 7. digestorum, obseruauit, quae vxori a marito data sint, vt in *unguenta & res mortuas* impenderentur, efficaciter donata esse, ideoque repeti non posse: & addit VLP IANVS, etiam si maritus lancem vxori ad eandem causam dederit, & mulier, retenta lance, sua pecunia emerit vnguenta, cessare repetitionem; cum vxor, quae tantundem in *rem mortuam* impenderit, non locupletior facta esse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir & vxor.

Quae vt intelligantur, vacat rem ab origine repetere, vt de *donatione rerum mortuarum*, vel prohibita, vel legibus permessa, certi aliquid constituamus. Neque enim facilius labimur in causis iudicandis, quam vbi *temperamentum* illud quaeritur, quo *recte facta* atque ipsum *studium virtutis* a *vitio & leuitate* seiunguntur. Hoc videtur CELSVS cogitasse, cum de *donationibus coniugum*, inprimis de impensis in res vxoris a marito factis, iudicaret. Ait enim, non certa regula comprehendi posse, sed ex *modo & genere impensae* aestimandum esse, vtrum maritus *contra Sctum* aliquid donasse, an, *officio mariti ductus*, iuste pecuniam in rem vxoris impendisse videatur. l. 47. D. de donat. inter vir. & vxor.

Neque tamen recte definiemus illud discrimen *maritalis officii*, & *prohibitae donationis*, nisi obseruauerimus causas illas, quibus adducti maiores noluerunt, *donationem inter coniuges valere*. Nimirum VLP IANVS, receptum esse, ait, vt cessarent donationes inter virum & uxorem, ne mutuo amore *spoliarentur* coniuges, *profusa* inter se *facilitate*, l. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. Sed SEXTVS CAECILIUS, apud PAVLLVM, adiicit, euenturum esse, vt *venalitia* essent *matrimonia*, si donationes inter coniuges admitterentur. l. 2. D. eod. Luculentissime autem oratione ANTONINI expressum est, amorem honestum solis animis aestimandum esse: ideoque prohiberi donationes coniugum, vt famae coniunctorum consulatur:

ne concordia pretio concilari videatur: neue melior in paupertatem incideret, deterior vero ditior fieret, & patrimonium auget. l. 3. pr. eod. Ex quo loco apparet, non id praeceptum esse a maioribus, ut mariti desererent officium suum, ut desinerent uxores blande & liberaliter tractare, aut ipsis apparatus vitae iucundioris & quasdam etiam delicias subministrare, sed ne insidiarentur coniux coniugis fortunis, neue corraderent aliquid uxores cum incommodo & damno maritorum, neue quid aucuparentur ex opibus coniugum, quod ad augendas res priuatas & patrimonium uxorum amplificandum pertineret.

Quae cum ita sint, secundum CELSUM, ut supra diximus, ex ipso modo & genere impensae non difficilis erit coniectura, utrum quis ductus officio mariti, an profusa facilitate, aliquid in res uxoris impendisse videatur. Ut enim de genere impendii inprimis exponamus, res ipsa loquitur, non prorsus abesse ab officio mariti, aut illicitam censeretur coniugis donationem, qua illud duntaxat efficiatur, ut sumtu vxor liberetur, ut commoditate quadam vitae atque suauitate perfruatur, sed hoc vnum prohibitum videri, ne illa quae a marito profecta sint, pretio vendantur, neue ex rebus illis, quae eius deliciis destinatae sint, patrimonium uxoris augeatur, neue ad res eius & fortunas accessio quaedam fiat ex mariti liberalitate. VLPIANVS quidem certe, illam demum donationem impediri, ait, quae donantem non solum pauperiorem, sed accipientem etiam locupletiolem factura videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Neque vero vxor censetur confestim facta locupletior, si rem ipsi maritus emerit, quam alias ipsa vxor suis sumtibus comparatura fuisset. Quamuis enim in aliis causis, quod MARCIANVS docet, etiam ille, qui sumtibus suis propter alterius liberalitatem parcat, & rem ex beneficio donandis accipit, quam ipse emere fortasse debuisset, non solum non pauperior sed etiam locupletior factus esse iudicetur, l. 47. §. 1. D. de solut. tamen liberalius inter coniuges actum, & ad officium mariti pertinere visum est, ut vxorem onere sumtus faciendi aliquando leuet, ipsique iucunditatem aliquam sine eius impendio procuret. Aperte enim VLPIANVS, non idcirco, ait, locupletiolem fieri vxorem, quod rem ipsi necessariam, aut ab ipsa emendam, donauerit maritus, quamuis sumtu leuata videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Ideoque si vxori suae monumentum purum, magni pretii, donauerit, quod vendi non possit, sed postea religiosum fiat, vel si ad refectionem aedium incendio consumtarum pecuniam ipsi dederit, vel si mulieri, propter suas causas necessarias iter facienti, aliquid, expensarum nomine, soluerit maritus, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM, efficaciter censetur donauisse. l. 5. §. 8. l. 14. l. 21. D. eod.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt; intelligitur, cur Marcellus doceat, si quid in *unguenta* & *res mortuas*, vxoris causa, impenderit maritus, ratam esse liberalitatem, ut reuocari haec donatio non posse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter viri & vxor. Enimvero disputatione vix indiget, *res mortuas & morientes* dici, quae quamuis iucunditatem aliquam praesentem pariant, tamen perdurare non possint, sed mox expirent, atque extinguantur, ut fructum aliquem & vestigium sui non relinquarint. Ita dies moritur apud STATIVM poetam a) qui consumitur nunquam redditurus. Ita dies occisus & mortuus, & sepulcro conditus, & combustus, esse dicitur apud PLAVTVM, b) qui nugis & comotationibus consumitur, ut fructum ex illo nullum habeamus. Eadem fere forma *res occisa* dicitur, quae perdita sit, ut spem sustentare & fructum parere non possit. c) Imo vero sermo *deliciarum & desidia*, d) item fama & memoria beneficiorum, e) denique & plausus hominum f) moritur, apud TULLIVM, cum haec talia sine fructu plerumque tandem deficient, & extinguantur. Sic denique

— — Vitio moriens sitit aeris herba g)

Atque exustus ager morientibus aestuat herbis, h)

& cadit

— — — — — supremi

Flos prati moriturus, ense postquam

Tactus praetereuntis est aratri, d)

Moriuntur enim, quae cum aliquando, ut flores & herbae, aspectu suo & suauitate nos delectauerint, mox euanescent, atque pretium amittunt. Eadem comparatione VLPIANVS litem *mortuam* appellat, quam debitor in fraudem creditorum data opera *perdidit* & neglexit & consumsit, ut nihil ex illa perueniat ad creditores. l. 3. §. 1. D. quae in fraud. cred. quod BARNABAS BRISSONIVS k) obseruat. Ad eundem fere modum, *lite mortua* rem nullam esse, illamque extinguere, PAVLLVS dixit. l. 2. D. iudicat. solu. cum ex illa nihil amplius speretur, quod auctori possit prodesse. Eodem sensu PAPIRIVS FRONTO, atque MARCIANVS, *peculium*, ut homines, nasci, crescere, tandem, cum omnis res, & spes consumpta sit, mori

a) STATIVS lib. IV. sylu. 6. v. 3. Iam moriente die rapuit me coena benigni vincticis. b) PLAVT. Menaechn. act. I. sc. 2. v. 43. 45. c) PLAVT. Menaechn. act. III. sc. 2. v. 46. d) CIC. pro Coelio. p. 31. n. 76. e) Id. post redit. in Sen. c. 2. n. 3. f) Id. ad Attic. II. 34. 5. g) VIRG. ecl. 7. n. 57. h) VIRG. I. georg. v. 107. i) CATVLL. carm. XI. v. 22. k) BRISSON. de verbor. signif. voce: mori. p. 650.

mori censuerunt. l. 40. pr. D. de pecul. Sed maxime *unguenta*, quod PLINIVS secundus, ^{l)} atque ex illo CUIACIVS, ^{m)} observavit, *illico exspirant & suis moriuntur horis*, cum, contra, vestes & gemmae perdurent atque ad heredes transmittantur.

Sed ex hoc quidem loco iudicabimus, quid inter res *viuas* atque *mortuas* discriminis intersit. Margaritas enim & gemmas & vestes pretiosas, *quasi viuas*, PLINIVS rebus *morientibus* opponit, quod illae, quamvis ad usum hominis adhibitae, *retineat aliquod pretium*, adeoque, etiam post mortem domini, cum bonorum vniuersitate ad heredes transeant, & spem temporis futuri contineant, & superstites futurae videantur; cum contra res *mortuae*, ut flores & unguenta, si semel ad voluptatem hominis accommodatae sint, *pretium amittant*, & fructum aliquem in posterum non pariturae sint, adeoque in patrimonio postea non computentur.

De his igitur recte MARCELLVS iudicavit l. 7. §. I. D. de donat. inter vir. & vxor. valere donationem rerum mortuarum, cum ex illis vxor non locupletior fiat, sed praesenti tantum voluptate perfruatur. Haec enim impendia non minus accurate PAVLLVS l. 10. D. de impens. in res dotal. fact. & l. 79. D. de verb. signif. a rebus utilibus seiungit, cum *utilia* quidem rem meliorem faciant, & patrimonium augeant, ideoque, secundum SABINVM l. 11. §. I. D. de impens. in res dot. fact. vxori efficaciter a marito donari non possint, *voluptaria* vero, quorum appellatione etiam res mortuae plerumque continentur, ad suauitatem praesentem duntaxat, aut ad speciem ornandam pertineant, & si non extant, & tolli non possint, *pro nullis* habeantur.



^{l)} PLIN. hist. nat. L. XIII. c. 3. ^{m)} CUIAC. obser. libr. IX. c. 30.

DE DIVISIONE NOMINVM

I N

IUDICIO FAMILIAE ERCISCVNDAE
INTERDV M NECESSARIA.

AD L. III. D. FAMIL. ERCISC.

VITEMBERGAE, DIE DECEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

L. III. D. Famil. erciscund.

GAIVS L. VII. ad edictum prouinc.

Plane *ad officium iudicis* nonnunquam pertinet, *ut debita & credita singulis pro solido*, aliis alia, *attribuat*: quia saepe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, *ut quis solus totum debeat*, vel totum alicui soli debeatur; sed *ut, siue agendum sit, partim suo, partim procuratorio, nomine agat*; siue cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio, nomine conueniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

§. I.

Diuidia.
Iurgium.

Etiam archipirata, quod TVLLIVS ^{a)} ait, *nisi aequabiliter praedam dispertiat*, aut interficitur a sociis, aut certe relinquitur. Contra, cum *aequalitatis* studium in *communibus rebus diuidendis* ista sit particula iustitiae, sine qua ne quidem illi viuere possunt, qui scelere & maleficio pascuntur; aequabilitas in partiendo multis magno honori fuit: ideoque *propter aequabilem praedae partitionem* BARDYLIS ILLYRIVS latro magnas opes habuit, & multo maiores VIRIATVS LVSTITANVS, cui etiam exercitus Romani, donec a C. LAELIO frangeretur, propter opinionem *iustitiae* & potentiam inter latrones adquisitam, aliquoties cesserunt. ^{b)}

Vide.

^{a)} c. i. c. off. II. c. II. sect. 40.^{b)} Id. ibid.

Videbatur enim, ut diximus, haec in *partitionibus* iustitia, cuius fruendae causa homines in ciuitates coierunt, in hac communione, qua utimur, tam necessaria, ut, nisi illa in omni genere vitae coleretur, iungitur societates & contrahi negotia non posse censeretur.

Sed, cum plerique acrius decedant de loco, quem obtinuerunt, & commoditatem illam, qua adhuc vsi sunt, difficillime dimittant, illamque sibi non sine indignatione extorqueri patiantur, hominum cupiditas effecit, ut haec ipsa *necessitas diuisionis* non exiguam habeat difficultatem, & *partitio aequabilis* non minus plerumque rixarum & dissensionum pariat, quam ipsa *communio*, a qua disceditur per *diuisionem*. Eleganter, quidem POMPEIUS FESTVS c) *diuidiam*, quam a *diuidendo* dictam esse omnes nouimus, *discordiam*, NONIVS MARCELLVS vero, d) *diuidiam*, quasi tristitiam, glossa vetus *diuidiam*, ἐπείχθεις, διχόνοαν, *offensam*, *molestiam*, *dissensionem* esse, interpretantur; quia vel illi qui dissentiunt, in diuersas partes discedunt, atque diuiduntur, vel omnes *diuisio* cum quodam incommodo & difficultate maxima coniuncta est, adeoque continet *materiam offensarum* & *dissensionis*, hinc socios sollicitos & suspensos tenet, ut, si aliquid alteri detrahatur in *partitione*, utrinque pungantur animi atque in diuersas partes distrahantur. Sed iustam quidem Festi interpretationem esse, qui *diuidiam* quasi *discordiam* appellari docet, etiam PLAVTVS e) mihi persuadet, apud quem Nicobulus, cum a Chrysole deceptus esset, adeoque causam cum illo *rixandi* & conquerendi habere sibi videretur,

Nimio, ai, illaec res est magnae diuidiae mihi,

Subterfugisse sic mihi hodie Chrysalum.

Ex quo loco intelligitur, *diuidiam* esse aegritudinem animi, quam maxime ex inuidia & rapacitate aduersarii, cum rixa & altercatione, contrahamus. Videntur hoc germani etiam sensisse, qui, cum hominem *rixosum* & *incontinentem* auerlantur, & sibi cauent ab illius iniuria & acerbitate, communi vsu loquendi & consueta formula, dicunt, *se nolle cum illo communi diuidendo experiri*, Ich möchte nichts mit ihm zu theilen haben.

Sed, ut reuertar ad Romanos, quoties de re *communi diuidenda* agebatur, si non lites & odia, certe *iurgia* & contentiones nascebantur, quae fratrum etiam concordiam plerumque perturbabant, & non sine magna cautione a iudice aut arbitris perimebantur. Proprie enim *iurgium* dicitur, controuersia inter *personas coniunctas*, ut coheredes aut confines, agitata. PAPINIANVS quidem, si de communi hereditate controuersia fuerit, *iurgium*.

c) FESTVS de verbor. signif. v. *Diuidia*.

sermon. cap. 2. n. 254. v. *Diuidiae*.

d) NON. MARCELLVS de propriet.

e) PLAVT. Bacchid. act. IV. sc. 4. c. 1.

gium a iudice *perimendum* esse, ait l. 57. D. *fam. ercisc.* & VALENTINIANVS, THEODOSIVS & ARCADIVS peragendam esse aiunt intentionem iurgii finalis inter confines, l. 5. C. *fin. reg.* vt intelligatur, non facile sine simultate controuersias *de rebus communibus diuidendis* distrahi & extricari. Hoc vnum tamen, si M. TVLLIVM ^{f)} audiamus, inter *litem* & *iurgium* interest, quod *beneuolorum* concertatio non *lis*, sed *iurgium*, *inimicorum* vero contentio *lis* esse videatur: ideoque lex putat, *iurgare* inter se *vicinos*, non *litigare*. Eodem fere sensu apud PAPINIANVM, inter *coniuges*, quorum societas merum mel redolere debet & animorum conspiratione inprimis continetur, *iurgio* tamen locus est, & vxor interdum digreditur & reuertitur post *iurgium* l. 27. D. *de pact. dotal.* l. 31. D. *de iure dot.* Ita ille apud PLAVTVM ^{g)}

— — *Iurgio* tandem vxorem abegit a ianua.

& ne Iupiter quidem Iunoni semper parcit, quin illam obiurget aliquando, apud VIRGILIVM MARONEM ^{h)}

Quae iam finis erit, coniux, quid denique restat?

Vltius tentare veto.

Nimirum facile etiam inter bonos, cum quilibet interdum sibi modum ex sua duntaxat cupiditate constituat, res in controuersiam adducitur, vt *iurgium* illud de rebus communibus plerumque cum aliqua dissensione coniunctum esse videatur.

Quae cum ita sint, Romani non solum *aequitatem* inprimis & *moderationem animi* suaserunt illis, qui *rem communem* habent, & *communi diuidendo* inter se experiuntur, l. 3. C. *commun. utr. iudic.* l. 4. C. *commun. diuid.* l. 11. & 14. C. *fam. ercisc.* sed etiam iudicibus & arbitris, in illis controuersis, in quibus de re communi disceptatur, amplissimam laxissimamque potestatem esse voluerunt, de qua proxime locus erit exponendi.

§. II.

Diuisio ita Nimirum difficiles sunt iudicis aut arbitri illius partes, qui inter co-
facienda est heredes aut condominos ius dicere suscepit, vt *res communes aequabili par-*
ne res diui- titione diuidantur. Sed inprimis in illis rebus, *quae commode in partes diui-*
sa sit inuti- di non possunt, inuidia singulorum & aemulatio, quae plerumque inter so-
lis. Diuide- cios & communium rerum possessores interuenire solet, efficit, vt, quo se
re interdum idem est at-vertat, iudex inuenire propemodum non possit. Neque enim Q. FABIVM
que assigna- LABEO-
re aut adiu-
dicare. In-
cerdum ali-

^{f)} CIC. fragm. de republ. IV. ex edit. Verburgii. T. X. p. 3960.
 Menaechn. act. 1. sc. 2. v. 18.

^{h)} VIRG. aen. XII. v. 793. & 805.

^{g)} PLAVT.

LABEONEM quisquam recte imitabitur, qui, cum a rege Antiocho, armis a se superato, ex isto foedere *partem nauium dimidiam* accipere deberet, cauillatione facta, naues omnes *secuit*, ut tota classe Antiochum priuaret. Haec enim *uasre* dicta atque facta esse, opportune VALERIUS MAXIMVS ⁱ⁾ obseruat. Neque vero in re communi *diuidunda* arbiter SALOMONIS iudicium commodo sequetur, qui, periclitaturus animum maternum, cum duae meretrices de partu disceptarent, & quaelibet illum suum esse contenderet, hunc quidem *medium secari* iussit, & singulis patrem attribuit, donec vera mater intercederet, & sobolem suam totam alteri adiudicari postularer. ^{k)}

Enimuero recte POMPONIUS apud ULPIANVM l. 22. §. 1. D. *fam. ercisc.* obseruauit, interdum *necessitatem* praecipere, ut res tota vni aut pluribus *adiudicetur*. Ideoque iudex idoneus vel unicuique coheredum certam partem assignabit, vel, admissa licitatione, *uni rem integram adiudicabit*. d. l. 22. §. 1. Sed generaliter ALEXANDER, si res *commode diuidi non possit*, aestimatione facta, *uni rem adiudicari*, illumque, cui res adiudicetur, reliquis pecunia damnari, iussit. l. 2. C. *commun. diuid.*

Igitur in his fere causis videbitur officium iudicis, qui *res communes diuidit*, maxime *adiudicationibus* & *condemnationibus* absolui. Et recte quidem iudex, si res singulas singulis *adiudicauerit*, dicetur *res communes diuississe*. Plerumque enim apud veteres, qui res inter plures *diuidunt*, non singulas dissecant, & *dimidiatas* distribuunt, quod plerumque molestum est, sed *singulis singula corpora assignant*. Hae forma enim ULPIANVS l. 7. §. 12. D. *commun. diuid. pignus* inter creditores *diuidendum* esse, ait, ut illud, aestimatione facta, *uni assignetur*. Frequenter certe *diuini* dicuntur corpora, quae singula singulis adiudicantur, non, quae dimidiata per plures distrahuntur. Ita fere

Diuisae arboribus patriae,

apud VIRGILIUM MARONEM, ^{l)} id est, sua cuique generi arborum patria ab ipsa natura parente *assignata*. Ita ille apud HORATIUM FLAC-
CVM ^{m)}

Hesperia Iospes ab vltima

Caris *multa* sodalibus

Nulli *plura* tamen *diu*dit oscula

Quam *dulci* Lamiae.

V 2

Neque

ⁱ⁾ VALER. MAXIM. rer. memorat. L. VII. c. 3. n. 4. in fine.

^{k)} 1 Reg. 3. v. 25.

^{l)} VIRGIL. II. georg. v. 117.

^{m)} HORAT. I. carm. XXXVI. v. 5 sq.

Neque vero singulis *dimidiata*, aut *diuidua*, quod PLAVTIUSⁿ⁾ ait, sed cuique *integra* oscula *diuisit*. Est etiam, apud SENECA^{o)} nulla vxor ram misera & sordida, cui sufficiat vnum par adulterorum, sed *singulis horas diuidit*, quamuis dies omnibus non sufficiat. Sed apparet, dici illam singulis *horas* diuissse, quae *singulis horas integras attribuit*, in quibus turpitudini vacaret. Sic apud M. TULLIUM^{p)} *agri viritim diuiduntur*, atque ille apud

Petit caesariem, grataque foeminis
Lunbelli cithara carmina diuidit.

id est, singulis viris agri singuli, singula carmina singulis foeminis subinde assignantur.

Hanc igitur formam secutus arbiter, quod VLPIANVS ait, vel singulis singula, vel, si necessitas postulet, omnia *adiudicabit uni*, qui reliquis pecunia condemnetur. l. 22. §. 1. D. *fam. ercisc.* Haec ipsi necessitas interdum a testatore imponi potest, si ille moriturus bona inter heredes diuisit. DIOCLETIANVS enim iubet arbitrum, diuisione facta, *patris voluntatem sequi*, in *adiudicando*, si ille cuiquam specialiter res quasdam assignauit. l. 21. C. *fam. ercisc.* Interdum vero res ipsa adiudicationem postulat, si res *diuidi* non possit. l. 3. D. *commun. diu.*

Imo vero etiam praeter *necessitatem*, si aliqua *commoditas & utilitas* hoc suadeat, vt res integrae potius ad vnum perueniant, quam vt diuulsae, & distractae in partes, corrumpantur, iudex in rebus *diuidendis*, quod *omnibus utilissimum* est, aut quod malint litigantes, maxime sequetur. Hoc enim VLPIANVS praecipit, l. 21. D. *commun. diuid.*

Ceterum, in *uniuersalibus iudiciis*, quomodocunque tandem res *communes diuidantur*, illud expeditum est, iudicem *nihil debere indiuisum* relinquere, si VLPIANVM audiamus, l. 25. §. 21. D. *fam. ercisc.* Ipsa tamen necessitas aliquando videtur efficere, vt neque res *diuidi per partitionem* possit, neque *uni* commode adiudicari. Haec talia igitur, secundum LABEONEM atque GAIUM, *in medio relinquenda sunt*. l. 4. §. 3. & l. 5. D. *fam. ercisc.* Constat enim, hoc in illis rebus obtinere, quae *omnibus necessariae sunt*, & quibus ne singuli quidem carere possunt, sine magno detrimento. Haec instrumenta *necessaria* igitur, vt *cautiones hereditariae & tabulae ipsius testamenti*, singulis non attribuuntur, sed interdum *in medio relinquuntur*, certe diuidi non possunt, ideoque, vel illi, qui ex maiori parte heres sit, *praestita cautione*, de tabulis, si res exegerit, exhibendis, commendari possunt, vel, vt tanto facilius pereant, apud *amicum*

vel

ⁿ⁾ PLAVT. *rudent. act. V. sc. 3. v. 52 sq.*
de senect. c. 10.

^{o)} SENECA. III. *benef. 16.*

^{p)} C16.

^{q)} HORAT. L. I. *carm. XV. v. 14 sq.*

vel in publico quodam loco deponuntur. l. 4. §. 3. & l. 5. D. fam. ercisc. Hanc fere rationem improbe secutus est ille, quem ante commemorauimus, Q. FAELVS LABEO, qui, si M. TVLLIO, ^{r)} & VALERIO MAXIMO ^{s)} fides est, arbiter Nolanis & Neapolitanis, cum de finibus regundis contenderent, a senatu datus, ubi ad locum illum uenit, cum utriusque separatim locutus est, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi, quam progredi, mallent. Quod cum utrique fecissent, aliquantum agri *in medio relictum* est: quapropter LABEO illorum fines, sicut ipsi dixerant, terminauit, *in medio relictum quod erat*, populo Romano adiudicauit. Sed *decipere* hoc quidem est; non iudicare. Plerosque tamen, etiam post religiosissimam iudicis sententiam, fortuna decipit, si res quaedam indiuisa *in medio relinquatur*. Igitur, praeter inextricabilem *necessitatem*, boni & *innocentis viri officium*, quod VERRIANVS l. 4. §. 1. D. fam. ercisc. appellauit, vix permittet, ut aliquid in medio indiuisum relinquatur.

§. III.

Igitur, si regulam sequamur, *nihil indiuisum manet in hereditate*, *Lege XII. ta-* sed vel rerum singularum partes coheredibus singulis attribuendae, vel res *bularum con-* tota adiudicanda est uni, qui reliquis pecunia damnetur. Sed decemuiri ta- *stitutum est,* men in nominibus hereditariis cessare voluerunt arbitrium iudicis, cum haec *ut nomina* ipso iure inter heredes diuisa videantur. Ita enim illi in fragmentis, apud *inter cohere-* IANVM VINCENTIUM GRAVINAM, ^{t)} *des ipso iure* diuisa sunt. *Ideoque na-*

„Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta, cito sunt,

„Ceterarum familiae rerum erecto, non cito, si volent, heredes erectum

„cium faciunt: praetor ad erectum eiendum arbitros tres dato.”

minationem
vix admis-
tunt.

Et obtemperauit decemuiris imperator GORDIANVS, qui, l. 6. C. fam. ercisc. ea, quae in nominibus sint, non recipere diuisionem, ait, cum, ipso iure, in portiones hereditarias, ex lege XII. tabularum, diuisa esse videantur. Neque minus luculenter DIOCLETIANVS, qui, euidentissime, inquit, huic rei lex XII. tabularum heredes facit obnoxios, ut creditoribus hereditariis ab ipsis satisfiat. l. 7. C. de hereditar. action. Sed VALERIANVS atque GALLIENVS quidem in personalibus actionibus hoc in primis admiserunt, cum manifesti & indubitari iuris sit, actionem personalem inter plures heredes creditoris, ex lege XII. tabularum, diuisam esse: ut officio iudicis in diuidendis actionibus carere posse videamur. Solam enim pignoris persecutionem imperatores exceperunt, cum pignus in solidum unicuique teneatur. l. 1. & 2. C. si vnus explur. hered. Certe in pecuniae certe

V 3

pro-

r) CIC. l. off. c. 10.

s) VALER. MAX. L. VII. c. 3. n. 4.

t) GRAVIN.

de iur. natural. gent. & XII. Tab. V. pag. 277.

promissione, quae & ipsa personalem actionem parit, PAVLLVS eandem regulam secutus est, ideoque & petitionem & solutionem certae pecuniae promissae ad creditoris atque debitoris heredes pro portionibus hereditariis pertinere docuit, l. 85. §. 1. D. de verb. oblig. Ex quo loco apparet, actiones, quibus creditum petatur, non solum heredibus, sed etiam contra heredes, pro parte illa, ex qua heredes fuerint, ipso iure competere, & hoc solum inuestigandum esse, ad quam partem hereditatis vel creditoris vel debitoris heredes vocati sint, qui agant vel conveniantur, quamvis nondum diuiserint hereditatem.

Sed ita quidem de personalibus actionibus PAVLLVS iudicauit. Imo vero generaliter idem PAVLLVS de omnibus nominibus hereditariis praecepit, ut, si nihil in corporibus, omnia in nominibus consistant, quae a defuncto relicta sint, familiae erciscundae iudicio locus esse non possit, l. 25. §. 1. D. fam. ercisc. In eandem sententiam respondit, VLPIANVS, qui l. 2. §. 5. itemque & l. 4. pr. D. fam. ercisc. quae cum priore cohaeret & vno spiritu legenda est, nomina, inquit, non veniunt in iudicium familiae erciscundae, sed ceterae res, praeter nomina, ab arbitro subinde diuiduntur.

Sed hi quidem videntur nullas omnino actiones aut petitiones excipere, sed abscisse omnia nomina, siue in rem siue in personam formula concipiantur, singulis heredibus tribuere, ut pro portione hereditaria & conveniri debeant, & experiri possint. Enimvero decemvirale illud praeceptum, ut nomina ipso iure inter coheredes diuisa esse censeantur, tam benigne acceptum est, & tam late patuit, ut in omnibus rebus & oneribus hereditariis hoc obtineret. Idem enim, quem antea commemoravi, PAVLLVS, alio loco, itemque IULIANVS, docuerunt, omnes pecunias ex rebus hereditariis redigendas aut redactas, pro portione hereditaria singulis competere, ut in illis rebus diuisiones & adiudicationes superuacuae omnino iudicentur, l. 38. D. fam. ercisc. l. 51. pr. D. eod.

Quae cum ita sint, coheredes quidem omnes eadem actione, sed pro sua quisque parte hereditaria, experientur, & singuli eadem actione, quamvis ex diuersa parte, a creditoribus conveniuntur. Neque aliquem mouebit, quod idem Paulus docet, plures, qui eandem actionem habeant, vnius loco in iudicio haberi, l. 9. D. de pact. Hoc enim inter viuos interdum obtinet, si plures idem negotium commune contraxerint, aut plures vnius vitii & superstitis negotia administrauerint, ut hi aliquando pro vna persona habeantur: sed mortuorum heredes in nominibus ipso iure diuisas, & diuersas rationes habent, & pro parte hereditaria agunt & conveniuntur.

Igitur dicemus, ex lege decemvirali, partem crediti & debiti, ad quemlibet coheredum, pro portione hereditaria ipso iure pertinere. Ex quo fonte deducitur, si vnius coheredum partem suam a debitore acceperit, alter

alter, postquam debitor deserit soluendo esse, nihil consecutus sit, primum non teneri, ut cum secundo illud communicet, quod ad ipsum peruenerit a debitore. l. 31. D. locati, l. 12. C. depositi. Hoc enim in societate duntaxat receptum est, ut, si vnus sociorum partem suam consecutus sit, alter minus acceperit, actione pro socio, propter summam aequitatem portiones, crediti ab altero accepti exaequantur. l. 63. §. 5. D. pro socio.

Neque locus erit dubitationi, quin actio ab vno coheredum, pro portione hereditaria, aduersus debitorem instituta, non prosit coheredi ad praescriptionis tempora interrumpenda, si alter tempus illud extrahi & elabi patitur: cum, quae ipso iure diuisa sint, ut debita hereditaria, sigillatim praescribantur & separatim actionibus petantur. u)

Contra in debitis, seu passiuis nominibus, si vnus coheredum desinat soluendo esse, alter debitum pro portione hereditaria soluerit, expeditum est, hunc, qui soluerit, portione deficientis, qui deserit soluendo esse, non posse onerari: cum, quantum ad nomina attinet, si regulam sequamur, coheredes ipso iure separatas rationes habeant, & singuli pro sua tantum parte teneantur. l. 33. pr. D. de leg. 2. Hoc enim erudite FRANCISCUS BALDVINVS x) & CUNRADVS RITTERSHVSIVS y) exposuerunt. Ex his igitur intelligetur, nec diuidi nomina inter coheredes, sed ex lege decemuirali per se diuisa esse, neque regulariter ad officium arbitri pertinere in familiae erciscundae iudicio, ut nominum partem heredibus singulis attribuat, neque adiudicationi locum esse in nominibus, ut vni coheredum debitum aut creditum in solidum attribuat; cum adiudicationes in iudiciis diuisionis duntaxat, quae ad nomina non pertinent, subinde admitantur, sed nomina actiua & passiua ipso iure sint diuisa inter coheredes.

§. IV.

Igitur, ut diximus, si decemuiris obtemperamus, ipso iure nomina inter coheredes diuisa sunt, ut singuli pro portione hereditaria & agere, & conueniri possint. Verum, hoc non esse perpetuum, sed interdum, ob necessitatem, aut certe ob utilitatem aliquam insignem, vti res ceteras, ita etiam nomina hereditaria vni coheredum aut adiudicari, aut imponi, res ipsa facile ostender.

Enimuero PAPINIANVM audiamus, qui l. 77. §. 18. D. de leg. 2. nomina interdum per diuisionem vni obtingere & assignari, ait. Et magis luculenter GAIUS noster, quem interpretamur, l. 3. D. fam. ercisc. plane adque tamen

u) Vid. DE BERGER, resol. Lauterbach. p. 166.

XIII. tabul. c. 32. p. 157.

catelt. seu comment. ad XIII. tab. class. III. c. 23. p. 157.

x) FR. BALDVINVS ad hoc nocet. Is cui nomen

y) CUNRADVS RITTERSHVSIVS in dode-

passuum *scilicet ad officium iudicis nonnunquam pertinere, docet, ut debita & credita sin-*
li imponitur *gulis pro solido, alia aliis, attribuantur.* Sed apertissime *SCAEVOLA* in
cautionem *legibus illis geminis, 11. & 14. D. de distract. pign. arbitris diuidendae he-*
praeferat co- *reditatis hanc potestatem facit, ut nomina quoque communium debitorum*
heredibus, de *separatim diuersa singulis in solidum assignent: quo facto vnumquemque*
indemnitate *& ab his eorum, debitore sibi addicto cessante in solutione, pro solido pignus, sub hoc*
actione con- *nomine obligatum, vendere omnino posse arbitratur. d. l. 11. & 14. D.*
pellit potest *de distract. pign.*
ad soluen-
dum. Non *Igitur operae pretium fuerit, inuestigare, primo, quae necessitas in-*
praesumitur *primis cogat iudicem, ut nomen hereditarium vni coheredum, exclusis re-*
testator no *liquis, assignet. Et constat quidem, voluntate testatoris maxime, iudici*
mina singu- *imponi hanc necessitatem posse, ut vni aut singulis debita aut credita ab*
lis assignare *ipso in solidum attribuantur. Disputatione enim vix indiget, permitti te-*
voluisse. *statoribus, & inprimis patri, ut nomina, actiua maxime, vel vni vel singu-*
lis attribuant in iudicio supremae voluntatis. PAPINIANVS enim l. 32. D.
fam. ercisc. tractauit de parente, qui, *vice diuisionis, actiones* heredibus de-
 derit, illasque distribuerit inter coheredes. Et imperator *ANTONINVS*
l. 1. C. de except. habet creditorem, qui, non omnibus, sed *quibusdam*
duntaxat heredibus adscripserat nomen debitoris sui. Neque vero a iuris
 regula defecit *ANTONINVS*, dum rescripsit, quamuis *debitores heredita-*
rii vnicuique coheredum *pro portione hereditaria*, antiqua lege, obligati
 sint, tamen *debitorem* efficaciter *illis soluere* posse, quibus *nomen illud ad-*
 scriptum sit a creditore: ideoque, si reliqui coheredes, qui ab hoc nomine
 exclusi sint in testamento, nihilominus ipsi etiam pro parte hereditaria ego-
 rint aduersus debitorem, hunc quidem *exceptione doli mali* defendendum
 esse, cum omnes voluntatem testatoris agnoscere cogantur. d. l. 1. C. de
except.

Habes primum officium iudicis, ut *defendat debitorem*, qui, secutus
 voluntatem testatoris, debitum exsoluerit vni coheredi, cui illud assignatum
 erat in suprema creditoris voluntate.

Neque tamen ibi substiterunt interpretes, sed interdum etiam singulis
 expresse *assignauerunt credita* ex defuncti voluntate. Hoc enim expeditum
 esse, ait *VLPIANVS*, ut, si *vni ex heredibus* nomen legatum, id est, a
 testatore *assignatum* sit, hoc ille *iudicio familiae erciscundae* consequatur.
 l. 4. pr. D. *fam. ercisc.* Neque vero coheres consequi legatum potest in
 hoc iudicio, nisi nomen ipsi a iudice, *facta adiudicatione, assignetur.*

Apparet igitur, *nomen actiuum*, etiam antequam illud a debitore so-
 lutum sit, officio iudicis vni ex testamento efficaciter adiudicari, & non
 prorsus exulare partes iudicis, in nominibus actiuis diuidendis. Neque
 vero hoc cuiquam mirum videtur, qui cogitauerit, pertinere ad officium
 arbitri

arbitri in hereditate diuidenda, vt inprimis *parentis & testatoris iudicium sequatur*. Hoc enim PHILIPPI, & inprimis DIOCLETIANVS, praeceperunt, vt, si testator praeuenerit officium arbitri, hic in *adiudicando* patris sequatur voluntatem l. 11. & l. 21. C. *fam. ercisc.*

Quae cum ita sint, non solum arbiter singulis assignabit *nomina actiua*, ex suprema voluntate creditoris, sed hic etiam, cui nomen assignatum fuerit, contra debitorem efficaciter experietur. Certe AFRICANVS illi, cui nomen adiudicatum sit, potestatem facit experiundi cum heredibus, vt ipsi praestent atque mandent actiones aduersus debitorem, l. 108. §. 13. D. *de leg. 1.* ideoque *procuratorio nomine* coheres, quod GAIUS ait, in lege nostra III. D. *fam. ercisc.* debitorem actione sibi mandata potest conuenire.

Imo vero tentari potest, vt coheres, etiam *sine cessione nominis*, *utili actione* experiri possit aduersus debitorem, qui ipsi in testamento *assignatus* est; cum etiam *emtori* hereditatis, quamuis ipsi venditor actiones non mandauerit, *actiones utiles* aduersus debitores hereditarios accommodentur. Hoc enim ALEXANDER itemque DIOCLETIANVS docuerunt, l. 5. & 7. C. *de hered. vel act. vendit.* Quid, quod etiam ille, cui nomen a creditore *oppignorat* est, si PAVLLVM audiamus, agere aduersus debitorem, & pecuniam ab illo exigere, & excludere ipsum creditorem possit, l. 18. pr. D. *de pignorat. act.* Quare dubitari non potest, *nomine actiuo*, a testatore, vel arbitro hereditatis diuidendae, in vnum coheredem translato, huic vni in debitorem concedendas esse actiones. Neque habebit debitor, cur conquerratur, cum possit etiam *inter viuos* nomen vendi & mandari & in alios transferri, *inuito debitore*. l. 3. C. *de hered. vel action. vend.*

Vides, *nomina actiua*, id est, *credita hereditaria* plerumque, debitore etiam inuito, *in coheredes singulos* transferri posse. Sed maior difficultas interueniet, si *aes alienum & passua nomina*, quae & ipsa inter coheredes *ipso iure diuisa* sunt, vni duntaxat iniungantur. Forma enim veteris iuris, quam SEVERVS & ANTONINVS appellant, *hereditaria onera pro cuiusque portione hereditaria* ad heredes scriptos refert, l. 1. C. *si certum pet.* ideoque haec a testatore, inuitis creditoribus, non videbitur mutari posse in suprema voluntate. Generaliter enim *in omnibus oneribus hereditariis* receptum est, vt illa, *pro partibus hereditariis*, ab heredibus omnibus ferantur, cum lex XII. tabularum omnes huic rei obnoxios fecisse videatur. l. 2. C. *de hereditar. action.* l. 7. C. *eod.*

Et aperte quidem PAVLLVS intercedit, ne *ex persona heredum conditio obligationis immutetur*. l. 2. §. 2. D. *de verb. oblig.* Sed disputatione non indiget, deteriore fieri conditionem creditoris, qui, cum contra singulos, ipso iure, pro parte hereditaria, haberet actionem, iam vnus, cui

testator aes alienum iniunxerit, *unius*, inquam, aut paucorum, fidem & fortunam sequi cogereetur.

Imo vero, si GAIUM nostrum audiamus, non solum *inuitis* creditoribus obtrudi alius debitor, aut vnus ex coheredibus delegari, non potest, sed ne *volenti* quidem creditori actio *in solidum* dabitur aduersus illum ex heredibus, quem *solum* testator iusserit *aes alienum* creditoribus praestare; cum *ipso iure* diuisa sit obligatio inter omnes coheredes. l. 69. §. 2. D. de leg. 1.

Quae quamuis vera sint, & dubitationi locum non faciant, nihil tamen magis familiare fuit testatoribus, quam vt *aeris alieni* exsoluendi necessitatem, vel quibusdam duntaxat heredibus, vel *uni* etiam, iniungerent *suprema voluntate*. Eiusmodi testamentum nobis SCAEVOLA seruauit, in quo testator, filio & filia heredibus institutis, a *filio* duntaxat, quicquid ipse pro mutuo acceperit, & debuerit, vel si quid aliud euenerit *aeris alieni*, totum voluerat exsolui, vt quod filiae, coheredi, relictum esset, integrum ad illam perueniret. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Itemque apud VLPIANUM testator quidam, duobus heredibus institutis, alterum ex his damnauit, vt solus *aes alienum* exsoluat creditori. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Praeterea MODESTINVS disputat de testamento, in quo defunctus *onera hereditaria* quibusdam duntaxat heredibus nominatim iniunxisset. l. 33. §. 1. D. de leg. 2. Sed diligentissime PAPINIANVS atque VLPIANVS tractauerunt eiusmodi species complures, in quibus pater, pro modo possessionum hereditariarum, quas inter singulos distribuerat, etiam *onera aeris alieni* inter liberos diuisit, aut onera illa duntaxat *uni* ex heredibus iniunxit, aut *unum* dotis soluendae onus iussit suscipere, vt ceteri portiones integras haberent. l. 20. §. 3. 5. & 8. D. fam. ercisc.

Ne igitur existimes, frustra testatores praecipere, vt *aeris alieni* exsoluendi necessitas *uni* aut quibusdam imponatur. Nimirum id quidem expeditum est, creditoribus causam duriores dari, aut vnum ex heredibus obtrudi, non posse testamento, neque illos cogendos esse, vt aduersus vnum duntaxat ex heredibus experiantur. Hoc enim ille, quem antea nominati, GAIUS docet, qui l. 69. §. 2. D. de leg. 1. negat creditori competere ius agendi *in solidum*, aduersus illum, cui *aes alienum* iniunctum sit. Atque idem alio loco, quem illustrandum suscepimus, l. 3. D. fam. ercisc. quamuis *aes alienum* ad vnum translatum sit, *liberam* tamen *manere* potestatem, ait, creditoribus, *cum singulis experiundi*. Sed luculentissime VLPIANVS, creditores posse *pro portionibus hereditariis* singulos heredes continere, docet, quamuis *uni* onus *aeris alieni* iniuxerit testator. l. 20. §. 3. D. fam. ercisc. Sed, *coheredum causa*, utilis est voluntas testatoris, qua *unum* aere alieno onerauit. Diserte enim GAIUS, non creditores, ait,

ait, sed *coheredes*, quorum interest hoc fieri, habere actionem aduersus illum, cui testator iniunxerit solutionem, l. 69. §. 2. D. de leg. 1. Imo vero etiam SCAEVOLAE placuit, coheredes, *quasi ex fideicommissis, posse consequi, ut coheres*, aere alieno oneratus, illud *exsoluat* creditori. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Abscille etiam VLP IANVS, si testator, duobus heredibus institutis, vnum damnauerit soluere creditori, valere hoc legatum *propter coheredem*, ait, & hunc *ex testamento acturum* cum coherede onerato, ut creditori debitum solvatur. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Denique idem VLP IANVS, post diuisionem hereditatis, coheredes, ait, posse cum illo, quem testator aeri alieno exsoluendo adstrinxerit, *praescriptis verbis* experiri, quasi certa lege *permutationem* fecerint, si omnes reliquae res fuerint diuisae. l. 20. §. 3. D. fam. ercisc.

Praeterea, si PAPINIANO obsequimur, iste, cui aes alienum a testatore iniunctum est, *cauere* debet coheredibus, *illos indemnes fore, & defensum iri* aduersus creditorem. l. 20. §. 5. D. fam. ercisc. Si enim creditor nihilominus singulos conueniat, placuit illos *defendi* ab herede, cui onus soluendi aeris alieni sit iniunctum. Neque hoc sine exemplo factum est, ut heres oneratus *cauere* teneatur coheredibus *de indemnitate*. IULIANVS enim, hoc etiam *in fideicommissis* obtinere, ait, ut, si quis rogatus sit, hereditatem, *deducto aere alieno*, restituere, fiduciarius, qui aes alienum deduxerit, fideicommissario *caueat, ipsum defensum iri aduersus creditores*. l. 16. §. 3. D. ad Sctum Trebell.

Igitur in his causis negari non potest, *necessariam* esse interdum iudicis aut arbitri auctoritatem, *ut nomina diuidat, & uni etiam assignet, illumque cogat soluere, & coheredibus cauere de indemnitate*. Enimuero opportune PAPINIANVS monet, *officio iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis eogendum* esse coheredem, *ut onus aeris alieni suscipiat & caueat de indemnitate*. l. 20 §. 5. D. fam. ercisc. Hoc etiam CELSVS obseruauit, qui l. 18. §. 4. D. eod. docuit, coheredes *familiae erciscundae iudicium habere*, ut coheres oneratus soluat, utque ipsi a creditore liberentur. Ita intelligetur, quid GAIUS nostro, in lege 3. D. fam. ercisc. quam in fronte dissertationis proposuimus, in mentem venerit, qui, ob *necessitatem* interdum *uni coheredum debita in solidum* attribuenda esse, tradit, ut vnus *coheredum solus* partim suo partim *procuratorio nomine* conueniatur. Quamuis enim inquit, *libera potestas* maneat creditoribus, *cum singulis experiundi*, tamen & coheredibus libera potestas est, *suo loco substituendi eos, in quos onera hereditaria officio iudicis translata sunt*. d. l. 3. D. fam. ercisc. Officio iudicis vero onera haec in istos transferentur, quibus testator iniunxerit *necessitatem aeris alieni exsoluendi*. Sed hi, cum coheredes *defendere* cogantur, quod IULIANVS & PAPINIANVS aiunt,

l. 20. §. 3. D. *fam. ercisc.* l. 16. §. 3. D. ad S^ct. Trebell. partim suo, partim *procuratorio* nomine creditori respondebunt, si ceteri coheredes de portione sua hereditaria conueniantur.

Itaque ad *officium iudicis* inprimis, pertinebit, *cogere* coheredem, ut *soluat* creditori, utque *defendat* coheredes, ut *procuratorio nomine* actionem excipiat, & pro ceteris coheredibus respondeat, si a creditoribus conueniantur, denique ut *caueat* coheredibus de *indemnitate*.

Neque tamen his duntaxat curis absoluitur arbitri diligentia, in hereditate & nominibus passiuis diuidendis, sed latius porrigitur, & ad hoc quoque extenditur, ne ille, cui onus aeris alieni iniungitur, vel in portione *legitima*, vel, si extraneus fuerit, in *quarta Falcidia*, laedatur. Videtur enim ceteris coheredibus *liberatio legata* esse, si vni aes alienum a testatore iniunctum sit, ut reliqui hoc onere leuentur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum, ita imminui omnino posse, ut legitimo lucro exuantur.

Tractauit eiusmodi speciem PAPINIANVS, in qua testator quosdam coheredes necessitate aeris alieni onerauerat: & respondit: *officio iudicis*, de diuidenda hereditate cognoscentis, contineri, ut *cogantur illi onus suscipere*, quibus hoc imposuerit testator: neque tamen quemquam *ultra quadrantem* portionis suae *onerandum esse*, sed prospiciendum. ut *illibatum habeat quadrantem*. l. 20. §. 5. D. *fam. ercisc.* Sed quomodo heredi onerato praestabimus quadrantem, nisi *adiudicatione* rerum aliarum, quae coheredibus decedant in diuisione, ut *quarta* onerati compleatur.

Habes *alterum* officium iudicis in nominibus passiuis diuidendis. Sed apposite PAPINIANVS etiam aliam sollicitudinem arbitro hereditatis diuidendae iniicit, ut ad illum, qui aere alieno a testatore oneratus est, etiam *commoda* illa referat, quae, ex testatoris voluntate, cum illo onere coniuncta esse videantur. l. 20. §. 8. D. *fam. ercisc.*

Proponit enim, vnum ex heredibus a testatore iussum esse, ut *susciperet onus dotis* vxori *exsoluendae*, sed eundem testatorem vxori legatum reliquisse, quo ipsa contenta esse posset, si dotem ab herede non repetiisset: Vxorem, *repudiato hoc legato*, quod ipsi pro dote relictum erat, *dotem a heredibus repetiisse*: PAPINIANVS respondit, dotem vxori ab illo exsolvendam esse, cui hoc iniunctum sit in testamento: sed voluntati testatoris videri conuenire, ut legatum, quod vxori, si dotem non repeteret, relictum erat, ad coheredem, qui dotem soluere iussus esset, quasi in compensationem dotis exsolutae, perueniret: ideoque coheredem *oneratum, officio iudicis*, legatum illud in iudicio familiae erciscundae consecuturum esse. d. l. 20. §. 8. D. *fam. ercisc.*

Hoc igitur loco edocemur, duram videri testatoris voluntatem, quae *unum in solidum* aere alieno oneravit, ideoque propter summam praesumptionem aequalitatis, *temperandam esse* conditionem coheredis onerati, ut etiam *commoda* ad ipsam perueniant, quae, *probabili coniectura voluntatis*, oneri aeris alieni respondere videantur. Sed probabile erat, testatorem, qui uxori legatum, *dotis loco*, reliquerat, hoc animo fuisse, ut, quod *dotis loco* relictum esset, ad heredem dotis restitutione oneratum, si uxor dotem repetisset, oneris compensandi causa, perueniret.

Imo vero *generaliter* admonet PAPINIANUS, propter duram conditionem heredis, qui solus iubetur onera hereditaria subire, *non facile praesumi*, quod *unum duntaxat onerare voluerit* testator: sed, nisi aperte aliud constitutum sit, ex duobus heredibus quemlibet obstringi parte dimidia aeris alieni. l. 35. pr. & §. 1. D. de hered. instit. & adhuc luculentius l. 40. §. 3. D. de pact.

§. V.

Accepisti, quando testatoris voluntas efficiat, ut nomina ipso iure non *prorsus diuisa* esse, sed officio iudicis *uni assignanda* videantur. Consequens est, ut dispiciamus, quando res ipsa & natura negotii hoc postulet, *ne nomina, pro parte hereditaria, inter coheredes diuidantur.*

Nimirum opportune PAVLLVS admonuit, quasdam promissiones *partis praestationem* non recipere, ideoque illas inter coheredes *non admittere* diuisionem l. 2. §. 1. & 2. D. de verb. oblig. l. 25. §. 9. sqq. D. fam. ercisc. Igitur dicemus, actiones, quae dirigantur ad obiecta *non diuidua*, aut quae *non recipiant diuisionem*, ipso iure *diuisas* non videri, sed desiderare officium iudicis, ut adiudicationibus atque cautionibus controuersiae distrahantur.

Et primo quidem de *credito*, quod *diuidi non possit*, videamus. De hoc quidem luculenter POMPONIUS, *singulis heredibus in solidum actionem* dari, ait. l. 2. §. 2. in fine. D. de verb. obligat. Sed plenius PAVLLVS noster exemplo *viae promissae* rem exponit, l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. Tales enim praediorum seruitutes, constat, diuidi non posse, sed certum illas ex lege modum accepisse, qui si deficiat, ipsa natura viae & seruitutis interuertitur. l. 8. & 13. §. 2. D. de seruit. praed. rustic. Certe qui iter aut actum dimidium habet, nec iter, nec viam, neque actum videbitur habere, ideoque haec talia singulis condominis praediorum dominantium *in solidum* debentur, si PAPINIANVM audiamus. l. 6. §. 4. D. si seruit. vindic. Igitur abscisse PAVLLVS noster, illas stipulationes *diuidi non posse*,

passé, ait, hinc denique lege XII. tabularum *diuisam* videri actionem, quae tales seruitutes ab aduersario petantur: ideoque omnibus *in solidum* actionem dari: quod si vero *via* aut alia seruitus praestari a debitore non possit, heredibus id, quod interest, praestandum esse: sed hoc cum sit *diuidium*, pro parte hereditaria fieri condemnationem, id est, heredes eius, cui seruitus promissa, singulos id, quod interest, pro parte hereditaria consecuturos. l. 25. §. 9. D. *fam. ercisc.*

Eadem dicenda sunt, si *factum* aliquod *non diuiduum* defuncto *sub poena promissum* sit a debitore: vt, si quis sub poena sponderit defuncto, se neque ipsum neque heredes eius prohibitorum, quo minus ipse ire, agere, per fundum suum possit. Et caret dubitatione, si unus coheredum a promissore prohibeatur, *totam poenam committi*, l. 2. §. 6. D. de *verb. oblig.*

Vix attinet monere, quod idem etiam obtineat, si quis *faciendum* aliquid promiserit defuncto, *quod corrumpi necesse esset, si diuideretur*. Eo pertinet, si quis opus vel monumentum se facturum promiserit defuncto. Sed *monumentum* singulos stipulantis heredes *in solidum*, non pro parte hereditaria, petere posse, CELSVS atque VLP IANVS, l. 72. pr. D. de *verbor. oblig.* docuerunt. Contra, si id, quod interest, praestetur, singuli coheredes partem consequentur.

Ita quidem de creditoris heredibus habendum. Non multo secius de *debitoris* heredibus constituemus, si defunctus promiserit aliquid, *quod nec naturaliter nec ciuilitate recipiant diuisionem*. Sed quae quidem sint *diuidua*, aut contra, *quae diuidi* non possint, eleganter PETRVS GRANGIANVS 2) explicauit. De his quidem diserte PAVLLVS noster respondit, si ille, qui *via* aut *seruitutem* promississet, decederet p'uribus heredibus relictis, *non diuidi hanc obligationem*, sed quemlibet *in solidum* conueniri posse, ideoque *officio iudicis* contineri, *vt cogat coheredes, inter se cautiones* interponere, vt, si vnus litis aestimationem praestare coactus sit, id pro parte a reliquis consequatur. l. 25. §. 10. D. *fam. ercisc.* Hoc iure vtimur, si quis *statuam* promiserit, aut opus faciendum, aut cetera, quae diuisionem non recipiunt, vt ex DIVI MARCI rescripto singuli heredes *in solidum* ex hac promissione teneantur. Sed, qui opus vel statuam fecerit, aut, a creditore conuentus, ipse sumtus ad opus faciendum *in solidum* subministraverit, hoc imputabit heredibus, vt sumtum pro parte cuiusque hereditaria recuperet in iudicio familiae erciscundae. l. 11. §. 23. & 24. D. de *legat. 3.*

Idem 2) GRANGIANVS paradox. iur. cap. 69. & 70. in thes. OTTON. T. V. p. 651.

Idem iudicium fiet de illis omnibus, quae, nisi tota, solui efficaciter non possunt, id est, ubi neuter heredum obligatione liberatur, nisi totum praestetur creditori. De his enim praecepit PAVLLVS, heredes singulos in solidum teneri, sed, quod quisque soluerit, quemlibet iudicio familiae erciscundae a coheredibus recuperare. l. 2. §. 2. & l. 85. §. 2 sqq. D. de verb. oblig.

In his igitur negotiis arbiter familiae erciscundae non otiosus erit, sed ad officium iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis pertinebit, ut vel uni imponat necessitatem praestandi facti indiuidui, qui reliquos, si conueniantur, procuratorio nomine defendat, aut ut iudex coheredes cogat inuicem cauere, se illi, qui solidum praestare a creditore coactus fuerit, pro parte hereditaria damnum pensaturos: hoc enim & GAIVS notat, l. 3. D. fam. ercisc. & PAVLLVS atque VLPIANVS l. 2. §. 2. & l. 85. §. 1. D. de verb. oblig. l. 25. §. 10. D. fam. ercisc. tradiderunt.

Non minor diligentia a iudice desiderabitur etiam in aliis obligationibus, quae, quamuis naturaliter diuidi possent, tamen ita adstrictae sunt, ut ex unius coheredibus facto aut cunctatione damnum ad omnes pervenire posse videatur.

Eo imprimis pertinent, quae, sub poena sunt promissa, a defuncto debitore, de quo genere stipulationum IACOBVS CVRTIVS quaedam observauit. ^{a)} Ita autem veteribus placuit, si debitor se & heredem suum aliquid facturum aut non facturum sub poena promiserit, & vel unus coheredum, adversus stipulationem, factum promissum omiserit, aut fecerit, quod omitti debuisset, stipulationem commissam esse, & coheredes singulos teneri. l. 85. §. 3. & l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. Igitur in obligatione dandi aut faciendi, iudex, si VLPIANVM audiamus, vel singulos facere aut dare coget, vel uni onus imponet, sed reliquos cautione onerabit, ut, si ille facere aut dare in solidum coactus fuerit, ipsi partes pro cuiusque portione hereditaria restituantur, aut illum, qui solus hoc suscepit, aliis oneribus leuabit, ut ipse damnum non sentiat, & officia cuiusque exaequentur. l. 25. §. 13. D. fam. ercisc.

Contra, si in non faciendo consistat obligatio, omnes de indemnitate inuicem cauebunt, ut, qui aduersus promissionem aliquid fecerit, aut per quem aliquid factum fuerit, ut poena committeretur, aut cuius factum reliquis damnosum fuerit, ille reliquos indemnes praestet, si a creditore postea conueniantur. d. l. 25. §. 13. D. fam. ercisc. Haec enim damna, PAVLLVS

alio

alio loco docuit, in iudicio familiae erciscundae coheredibus ab illo, qui poenam commiserit, sarcienda esse. l. 44. §. 8. D. eod.

§. VI.

*Actio depo-
siti directa
& ipsum ius
pignoris in-
ter heredes
& deponen-
tis & credi-
toris commo-
de diuidi
vix possunt
ideoque uni
assignari de-
bent.*

*Debita igitur & credita, quae non sunt diuidua, & in quibus ex facto unius ad reliquos damnum peruenire potest, non sunt ipso iure di-
visa, sed officio iudicis plerumque imponuntur, aut adiudicantur uni,*
qui reliquis subinde de indemnitate cogitur cauere. Sed haec res insignem
difficultatem habet, in deposito & pignore, de quibus, non superuacuum
fuerit, diligentius tractare. Itaque, ut primum de deposito videamus,
VLPIANVS quidem discrimen aliquod admittit, & distinguit, utrum res
diuiduae, an tales, quae diuidi non possint, a defuncto depositae dicantur l. r.
§. 36. D. depositi. Et, si diuiduae quidem res depositae, dubitari non potest,
quin hae cuilibet heredum deponentis pro parte hereditaria restituantur. Lu-
culenter enim VLPIANVS, si pecunia in sacculo signato a defuncto deposita
fuerit, & vnus ex heredibus eius, qui deposuit, depositum repetat, pro-
mendam, ait, pecuniam, coram praetore, vel honestis personis interue-
nientibus, & actori pro parte hereditaria exsoluendam esse: reliqua a
praetore, aut ab his, qui interfuerint, denuo obsignanda & custodien-
da, aut in aede sacra a debitore deponenda. l. i. §. 36. D. depositi.

Neque improbauit hoc IUSTINIANVS, qui l. 12. C. depositi, illud
etiam adiecit, coheredem, qui partem suam receperit, ceteris, qui cun-
ctati fuerint, ad communicandam partem suam non teneri, quamuis
debitor desierit soluendo esse: hoc enim receptum esse ait, ne industria
coheredis diligentis poenas alienae desidiaae luere cogatur. d. l. 12. C. de-
pos. Vnam tamen speciem IULIANVS excipit, si dissentiant heredes,
utrum & pro qua parte ad ipsos pertineat hereditas defuncti. Tunc
enim, si vnus agat de deposito reddendo, nisi hic paratus sit cauere de-
bitori de indemnitate, res depositae in loco publico a debitore deponen-
tur, donec de hereditate iudicetur. l. i. §. 37. D. depositi.

Eadem fere dicenda sunt, si res diuiduae ab initio depositae fuerint a
pluribus: quod fieri omnino posse, PAVLLVS atque FLORENTINVS
docuerunt. l. 6. & l. 17. D. depositi. Si enim cuiusque deponentis dun-
taxat pro parte aliqua intersit, VLPIANO placet, fieri pro parte con-
demnationem, ut sua cuique pars restituatur. l. i. §. 44. D. depositi.

Igitur in deposito diuiduo, singulis quidem pro parte hereditaria,
sed non sine magno incommodo, non sine praetoris aut honestarum per-
sonarum

sonarum interuentu, res restituentur. Sed, cum in hac specie, quod GAIUS noster ait, l. 3. D. *fam. ercisc.* solutio & exactio *partium non minima habeat incommoda*, quis non videt, ad officium iudicis, ex sententia GAI, pertinere, vt *actio depositi* ex coheredibus *vni in solidum adiudicetur*, & hic reliquis cauere de indemnitate & parte *communicanda*, per arbitrum cogatur, aut, vt coheredum conditio rerum aliarum adiudicatione exaequetur.

Sed superest, vt de *deposito*, quod *diuidi non potest*, exponamus. De hoc enim ille, cuius antea fidem inuocaui, VLP IANVS praecipit, *vni totum depositum reddendum*, sed actorem, qui illud repetat, *satisfacere* cogendum, de isto, quod supra partem eius fuerit, cum reliquis communicando, & de *defendendo* debitore, si a ceteris heredibus conueniatur. l. 1. §. 36. D. *depositi*.

Quae cum ita sint, apparet, *non ipso iure diuisam* esse inter coheredes actionem *depositi*, si hoc *diuidi non possit*, sed *cuiilibet in solidum dandam esse actionem*, & actorem de indemnitate debitori satisfacere debere.

Sed GAIUS tamen vnā speciem excepit, si non omnes *ex aequis partibus deponentis sint heredes*. Tunc enim vni, quamuis satisfacere parato, depositum non reddetur, nisi maior pars, idest, qui *maiore ex parte* heredes scripti sint, adierint praetorem. l. 14. D. *depositi*. Quae res cum coniuncta sit cum maxima difficultate, & non solum debitori onerosa, qui cautionem exigere debet ab actore, sed etiam lites nouas pariat inter coheredes, cum quibus actor communicare debet, quae accepit; iudex hereditatis diuidendae merito, secundum VLP IANVM, l. 21. D. *communi diuid.* quod *utilissimum est omnibus*, sequetur, & commodissime vni actionem assignabit, qui vel cauebit de partibus communicandis, vel toto deposito retento, coheredibus res alias relinquet. Hoc enim videtur GAIUS etiam sensisse, qui iubet vni *creditum* attribui, vt rem partim suo, partim *procuratorio nomine* recuperet a debitore. l. 3. D. *fam. ercisc.*

Eaedem difficultates aliquando etiam *inter viuos* interueniunt, si plures eandem rem, vel *in solidum*, vel hac lege, vt illa *simul vtriusque* redderetur, commendauerint amico. In priore enim specie VLP IANVS *ambobus in solidum agendi* dedit facultatem, vt melior ratio occupantis habeatur. l. 1. §. 44. D. *depositi*. In posteriore specie *neuter aget efficaciter*, nisi alter & suo & *procuratorio nomine*

Fasc. VII. Y depo-

depositum repetat a debitore. Et DEMOSTHENES quidem, quod fide VALERII MAXIMI ^{b)} narrare iuuat, lepide defendit pauperculam ancillam, apud quam duo rem hac lege deposuerant, *ne alteri sine altero redderetur.* Haec enim ab altero, qui socium suum mortuum dixerat ideoque luctum squalore vestium simulauerat, decepta, *uni reddiderat depositum*: sed mox ab altero conuenta, cum extricare se non posset, iam de laqueo & suspendio cogitare coeperat. Opportune autem DEMOSTHENES, mulierem paratam esse, dicebat, depositum reddere, sed non fieri hoc posse, nisi actor socium adduxisset, cum haec lex fuerit depositi, *ne alteri sine altero redderetur.* Et ita quidem ancillam liberauit.

Ex quo loco apparet, quae tricae, si *pluribus* actio depositi competat, rem impediant, nisi vel vnum procuratorem communem habeant, vel vni depositum cedatur, qui & *suo & procuratorio nomine* experiri possit.

Sed haec quidem in *deposito* recepta sunt, si actio a *deponentis* heredibus instituitur. Non minus res impedita est, si *ius pignoris* transmittatur ad *plures heredes creditoris.* Nimirum ipsum etiam *ius pignoris* cum *ciuilitur diuidi non possit*, omnibus ex aequo obligatum est, &, si PAVLLVM audiamus, quando pignus *pluribus* obstrictum, aequalis est *omnium caussa*, in petendo pignore & retinendo. l. 20. §. 1. D. de *pignerat. act.* Ideoque POMPONIO & VLPIANO placuit, si debitor portionem debiti duntaxat soluerit, nihilominus pignus vendi posse, cum *indiudiva* pignoris natura sit, & vel propter partem debiti totum pignus obligatum teneatur. l. 8. §. 2. & l. 9. §. 3. D. *eod.* Imo vero generaliter in soluendis pignoribus obseruatur, *vt, nisi uniue: sum*, quod debetur, creditori offeratur, duret ius pignoris, & hoc etiam vendi possit ob partem debiti non solutam. l. 25. §. 14. D. *fam. ercisc.*

Ex hac igitur pignoris natura deriuatur, quod defuncto *creditor*, *multis heredibus relictis*, pignus unicuique *in solidum* teneatur. Ita enim VALERIANVS & GALLIENVS responderunt. l. 1. C. *si vnus ex plur.* Et habet illud rationem, *vt*, cum ipsam creditum, ob quod pignus obstrictum est, inter heredes pro parte hereditaria diuisum sit, *pignus*, nisi cuilibet illorum satisfactum fuerit, *liberari penitus non possit.*

Quid

^{b)} VALER. MAX. L. VII. c. 3. inter extern. n. 5.

Quid igitur dicemus, an *diuisum* esse iudicabimus ius pignoris, inter plures coheredes, cum ipsum creditum pro portionibus hereditariis inter illos diuidatur? Non puto: quandoquidem pignus cuilibet in solidum tenetur. An igitur singuli pignus possidebunt? Ne hoc quidem sine incommodo coheredum admitteretur. Et a quo tandem debitor pignus repeter *pigneratitia* actione, cum a neutro possit repetere, nisi etiam coheredi sit satisfactum? l. 9. & l. 11. §. 3. D. de *pignerat. act.*

Vides rem perplexam esse, & habere maximam difficultatem. Igitur opportune occurrit PAVLLVS, qui, l. 29. D. *fam. ercisc.* si res pignori data fuerit defuncto, illam, ait, *in familiae erciscundae iudicium venire*, & *adiudicandam esse uni*, qui *coheredibus*, pro partibus suis, pecunia condemnatur. Video hoc etiam VLPIANO placuisse, qui l. 7. §. 6. D. *commun. diuid.* generaliter, si pignus *pluribus* obligatum sit, *utile communi diuidendo iudicium* inter illos dari, docet.

Igitur etiam in hac causa desiderabimus *officium iudicis*, qui creditum, quod sub pignore debetur, uni ex creditoris heredibus assignet, & coheredum partes compensatione aliarum rerum exaequet, ne singuli, separatis rationibus, cum debitore committantur. Apposite enim SCAEVOLA noster monet, arbitrum *diuidendae hereditatis*, praeter corpora, etiam *nomina* communium debitorum singulis assignare posse, neque dubitandum esse, quin unusquisque eorum, debitore, sibi addicto, cessante in solutione, *pignus* sub eo nomine obligatum *in solidum* vendere possit. l. 11. & 14. D. de *distract. pignor.* Quapropter tutissimum erit etiam *hypothecariam* actionem uni assignare, qui aduersus possessorem & suo & procuratorio nomine experietur.

§. VII.

Satis diu in *deposito* & pignore haesimus, & diutius, quam vel *Depositarii* lem. Neque tamen dimittere possum *depositum* & pignus, prius *heredes si de-* quam etiam de *heredibus depositarii*, itemque de heredibus debitoris, *positum di-* qui sub pignore debuit, certi aliquid constituatur. Atque, ut primo *vidi nequeat* de *deposito* exponamus, heredes depositarii plerumque etiam ex *in solidum* *deposito* *pro parte duntaxat hereditaria* tenentur, ut *depositi* reddendi obli *tenentur. Sed* *gatio* inter illos *diuisa* videatur. NERATIVVS enim atque VLPIANVS *possessor in-* l. 7. §. 1. D. *depositi*. & l. 18. D. *eod.* in *plures heredes*, ex defuncti *primis illud* *reddere co-*

gitur. Ea obligatione, pro parte cuiusque hereditaria, depositi actionem eadem fere ob-ri, aiunt.

*rinent inter
heredes illius,
qui sub pi-
gnore debuit.*

Atuero haec in illa tantum specie obtinent, si ipsae res non appareant, sed dolo defuncti sint consumptae. Tunc enim ex facto defuncti singuli pro rata hereditaria tenentur. l. 9. pr. D. depositi.

Contra, si res extet, maxime, si species deposita fuerit, quae diuidi non possit, expeditum est, illam nisi totam, aut, quod MARCELLVS ait, nisi pro solido, restitui non posse. l. 22. D. depositi.

Quapropter opportune VLPPIANVS monet, si heres illius, qui commodatum, (aut etiam depositum, cuius eadem ratio est,) accepit, totius rei restituendae habuerit facultatem, illum in solidum teneri. l. 3. §. 3. D. commodati. Hoc enim generaliter inter viuos receptum est, ut, si res ab initio apud duos sit deposita, cum quolibet illorum agi possit, & neuter liberetur, nisi totum depositum reddatur. l. 1. §. 43. D. depositi.

Igitur, si vnus ex heredibus depositarii rem depositam detineat, nemo dubitabit, hunc solum de deposito reddendo in solum teneri. Sed semper fere res depositae ab vno coheredum duntaxat, post familiae erciscundae iudicium, detinebuntur. VLPPIANVS enim l. 7. §. 11. D. commun. diuid. res apud defunctum depositas diuidi non posse, & non venire in iudicium communi diuidundo, ait. Quapropter, si diuidi res depositae nequeant, & tamen custodiri debeant, boni iudicis officio conueniet, illas, ut deponenti restituantur, coheredum vni assignare, & hunc omnino cogere, ut reliquos procuratorio nomine defendat. Hoc enim GAIVS noster praecipit. l. 3. D. fam. ercisc.

Habes plures depositarii heredes. Extremo videamus de heredibus debitoris, qui pignus aut hypothecam creditori obligauit. Enimvero eleganter GAIVS & PAPINIANVS scribunt, pignoris caussam indiuisam esse, ideoque debitoris heredes de pignore teneri, quamuis vnus pro sua parte pignus liberasset. l. 65. D. de euiction. l. 7. §. 4. D. quibus mod. pign.

Et secundum VLPPIANVM, nisi vniuersum, quod debetur, creditori offeratur, nunquam pignus solutione partis liberatur. l. 25. §. 14. D. fam.

D. fam. ercisc. l. 9. §. 3. D. de pignorat. act. Igitur neque haec heredium obligatio ita diuisa est, ut ceteris alterius facto noceri non possit: cum omnium interfit, ut pignus, soluta omnia pecunia, luat. Quae cum cogitarent CASSIVS & CELSVS, eleganter responderunt, iudicio familiae erciscundae, cogi posse omnes coheredes, ut pecuniam soluant, & pignus liberent, ne vnius negligentia omnibus, etiam diligentibus, damnosa esse possit. l. 18. §. 4. & l. 44. §. 7. D. fam. ercisc. Quod PAPINIANVS etiam probauit. l. 65. D. de euct. Imo vero PAPINIANVS alio loco vnum posse pignus luere, notauit, & hunc a coheredibus, pro parte hereditaria cuiusque, pecuniam solutam iudicio familiae erciscundae recuperaturum esse. l. 18. §. 6. D. fam. ercisc. Ad has igitur ambages euitandas merito arbiter hereditatis diuidendae, vni imponet hoc officium, ut & suo & procuratorio nomine rem oppignoratam, cum coheredibus communem, luat: sed coheredes cauere ipsi de indemnitate, aut sumtus pensare, iubebuntur. Hoc intellexit IULIANVS, qui rem a defuncto oppignoratam vni adiudicari posse, ait, sed hanc tanto minori pretio in adiudicatione aestimandam esse, quanto maiori pecunia pignus luendum videatur. l. 6. §. 8. D. commun. diuid. Hac enim adiudicatione atque aestimatione efficitur, ut ille solus, cui arbiter rem oppignoratam adiudicauit, illam liberare & coheredes defendere cogatur.

§. VIII.

Adhuc quidem expediuius, quando necessitas quaedam cogat iudicem hereditatis diuidendae, ut etiam de nominibus hereditariis cognoscat, aut vni debita quaedam aut credita assignet. ^{Nomina actionum} ^{cessione} ^{a coheredibus in vnum transferri possunt} ^{nomina nequeunt vni imponi inuitis creditoribus. Nisi delegatione interueniente.} ^{Ipsi tamen inter se tenentur de nominum diuisione vel praescriptis verbis, vel actionibus.} Comprobauimus enim, hanc necessitatem vel testatoris voluntate, vel ipsius negotii natura, inprimis in actionibus, quae diuidi nequeant, aut in quibus alteri facto alterius noceri possit, iudici imponi, ut actiones aut obligationes ad vnum ex coheredibus transferat, cautione praestita de mutua indemnitate.

Verum enimvero latius patet potestas iudicis, quem ^{VLPIANVS} in rebus communibus diuidendis, illud sequi iubet, quod omnibus utilissimum sit, aut, quod malint litigantes. l. 21. D. commun. diuid. Quapropter disputatione vix indiget, etiam diuidua debita & credita vni imponi aut assignari posse, si, citra assignationem, difficultas quaedam diuisionem perturbatura & magnum incommodum habitura videatur, l. 3. D. fam. ercisc. aut si malint coheredes, de-
Fasc. VII. Z bita

ne familiae *bita & credita singulis imponi atque assignari.* Nimirum aperte VL-
erciscundae. PIANVS tradit, quamuis in hoc iudicium nomina non veniant, ta-
Regulariter men, si stipulationes interpositae fuerint de nominum diuisione, hanc
debita inter ab arbitro defendendam esse. l. 2. §. 5. D. fam. ercisc. Et PAPI-
coheredes di- NIANVS quidem, si quis placita de diuisione nominum detrectet, pos-
visa sunt non se contra illum coheredes, quasi certa lege permutationem fecerint,
pro quanti praescriptis verbis agere, respondit, l. 20. §. 3. D. fam. erciscund.
tate emolu- Imo vero DIOCLETIANO placuit, vt, quamuis non interposita sti-
mentis sed pro pulatione, solo pacto actiones diuiserint, ille, qui placitum excedat,
parte here- ad exhibendam fidem praescriptis verbis conueniri possit. l. 23. C. fam.
ditaria. ercisc. Contra, secundum GELSUM, omnes illae controuersiae de
 nominibus hereditariis iudicio familiae erciscundae expedientur. l. 18. §. 4.
 D. fam. ercisc.

Quid igitur dicemus. Nimirum PAPINIANVS postulat, vt
 permutationem fecerint coheredes, si illum, qui placita detrectet,
 praescriptis verbis velint conuenire. Quae cum ita sint, omnino cer-
 tius videtur, post diuisionem reliquarum rerum factam, non facile
 familiae erciscundae iudicium dari posse, cui, secundum VLPIA-
 NVM, post diuisionem semel factam vix amplius locus est, l. 20. §. 4.
 D. fam. ercisc. sed praescriptis verbis coheredem, quasi de permuta-
 tione, quae in rerum hereditariarum diuisione & mutua adiudicatione
 continetur, a coherede conueniri: Contra, si de solis nominibus pa-
 ctum interpositum fuerit, reliquis rebus nondum diuisis, fidem pacti
 a iudice familiae erciscundae defendendam esse. Igitur stabunt cohe-
 redes nominum diuisioni. Et si de actiuis quidem nominibus conue-
 nerit, vt haec vni duntaxat assignentur, nulla dubitatio est, subsi-
 stere diuisionem, cum actiones, etiam inuito debitore, cedi & man-
 dari posse censeantur. l. 3. C. de hered. & act. vendit. Itaque co-
 heredes vel mandabunt actiones suas illi, cui illas assignarunt, vt &
 suo & procuratorio nomine conueniat communes debitores, quod GA-
 IUS ait, l. 3. D. fam. ercisc. vel, vt in hereditate vendita, per
 assignationem, utiles in illum actus transferentur. l. 5. & 7. C. de
 hered. vel act. vendit. Illud expeditum est, debitorem, qui isti
 soluit, cui ipse a testatore vel coheredibus assignatus est, exceptione
 doli mali tutum esse, si a reliquis conueniatur; cum hi factum
 suum aut testatoris, impugnare non possint. l. 1. C. de except. Sed
 coheredes isti, cui nomen assignarunt, etiam de euictione tenebuntur.
 l. 14. C. fam. ercisc.

Atuero maiore cautione opus est, si debita seu nomina passiva, id est aeris alieni exsoluendi necessitas, vni imponantur. Antiqua enim lege, vt supra diximus, constitutum, vt heredes singuli creditoribus, pro parte hereditaria cuiusque, teneantur, l. 2. & 7. C. de heredit. action. & l. 6. C. de iure deliber. Pro parte, inquam, hereditaria duntaxat, non pro quantitate, aut emolumentis, quae ex hereditate ad singulos heredes peruenerunt, singuli tenentur. Hoc enim PAPINIANVS docuit, l. 35. §. 1. D. de hered. instit. & SEVERVS atque ANTONINVS probauerunt, vt ne praelegata quidem aestimentur, sed pro quota parte, ex qua quilibet heres scriptus est, a creditoribus conueniatur. l. 1. C. si cert. petat.

Quapropter, cum lex XII. tabularum creditoribus heredes debitoris singulos, pro portionibus hereditariis, addicat, res ipsa loquitur, ius quaesitum illis extorqueri & pacto heredum immutari ac diminui, adeoque vnum ex heredibus, forte minus idoneum, ipsis inuitis obici, non posse. l. 2. §. 2. D. de verb. obligat. Generaliter enim placuit, transactionem coheredum tertio, imprimis creditori, non nocere. l. 1. C. de transact. Sed maxime ANTONINVS & VERVS, apud Scaeuolam rescripserunt, priuatis pactioibus ius ceterorum non laedi, aut corrumpi, ideoque heredes, scriptos testamento, conueniendos esse, quamuis ipsi vel inter se vel cum aliis de hereditate dicantur transegisse. l. 3. D. de transact.

Luculentissime autem DIOCLETIANVS, pacto diuisionis actiones, quae creditori aduersus singulos coheredes competant, mutari penitus non posse, docet. l. 23. C. fam. ercisc. Imo vero, quamuis usuras a singulis heredibus, qui pacto aes alienum diuiserint, in solidum acceptauerint creditores, tamen de ipsa sorte singulos heredes pro parte hereditaria obligatos habent, neque, acceptando usuras, pactum diuisionis, inter coheredes interpositum, censentur agnouisse. l. 40. §. 2. D. de pact. Praeterea, quamuis aliqui creditores agnouerint & probauerint pactum illud diuisionis inter coheredes, tamen ceteri aduersus singulos ex lege XII. tabularum, pro parte hereditaria, experientur. d. l. 1. C. inter alios acta. Qua re efficietur, vt, si creditor coheredes singulos conueniat, frustra ipsi pactum diuisionis, quo aes alienum vni impositum fuerit, opponant coheredes, cum creditor, ex lege, singulos habeat obstrictos. Sed PAPINIANVS tamen delegationibus adstringi creditores ait, vt, si coheredes vnum creditoribus addixerint, & hi cum illo solo coherede de toto debito

soluendo conuenerint, ceteros vero coheredes acceptilatione liberauerint, etiam aduersus creditores tuta esse *diuisio* aeris alieni videatur. l. 77. §. 18. D. de leg. 2. l. 40. §. 2. D. de pact.

Interim, omitta *delegatione*, creditores, ex lege, contra singulos experientur: coheres vero, qui aes alienum suscepit, ab arbitro *cogetur*, *onus suscipere*, *ceteros defendere*, & cauere de indemnitate, quod PAPINIANVS & VLPRIANVS praeceperunt. l. 20. §. 5. l. 25. §. 10. lqq. D. fam. ercisc.

§. VIII.

Summa capita totius argumenti.

Nauigamus in portu, ideoque vela contrahemus, & merces recenserebimus. Ad hoc enim aduocatos, velim, aduertere animum, non prorsus cessare *officium iudicis*, in nominibus hereditariis diuidendis, sed illa interdum vni assignari aut imponi posse, si vel *testatoris voluntas*, quod supra §pho III. & IV. comprobatum est, vel alia *necessitas* hoc exegerit: hanc *necessitatem* iudici imponi maxime in actionibus & obligationibus, quae diuidi nequeant, & in quibus *facto vnius ceteris noceri possit*, inprimis in *deposito* & *pignore*, de quibus §pho V. VI. & VII. tractauimus. Praeterea cogitare illos velim, etiam propter *utilitatem* insignem, atque ad euitandas ambages litium, iudici permissum esse, vt singulis nomina singula attribuat: neque tamen creditoribus nocere diuisionem debitorum inter coheredes, sed hos singulos pro parte hereditaria conuenire posse, ideoque *pacto diuisionis* non confidendum esse, nisi *delegatio* interuenerit, quod §pho VII. ostendimus: hinc consilii esse, vt singulis debita assignentur, hi vero ceteris de *indemnitate cauere* & ipsos *defendere* officio iudicis cogantur.



Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs VII.

Halae ad Salam 1777

4 Diss. 5010-7/9

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122899-5

VD18 90544307